

Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern

Ein Beitrag zur Auslegung der Artikel 83 ff des Grundgesetzes

Inauguraldissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

Helmut Darmstadt

aus Düsseldorf

1961

ZUR FRAGE EINER MISCHVERWALTUNG

VON BUND UND LÄNDERN

- Ein Beitrag zur Auslegung der Artikel 83 ff des Grundgesetzes -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Helmut Darmstadt
aus Düsseldorf

1961

9312/
161

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juni 1961

<u>I n h a l t</u>	Seite
Literatur	4
Abkürzungen	10
A. Mischverwaltung von Bund und Ländern - ein Problem der dualistischen Verwaltungsordnung bundesstaatlicher Verfassungen	14
B. Die Hauptformen einer Mischverwaltung und ihre Zulässigkeit	
I. Der uno actu gemeinsame Erlass von	
a) Rechtsverordnungen	26
und	
b) Verwaltungsakten	29
II. Ein förmlicher - nichtgerichtlicher - Rechtsmittelzug von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes	32
III. Weisungsrechte des Bundes gegenüber den Ländern	49
IV. Einvernehmens- und Zustimmungsvorbehalte sowie Einspruchsrechte des Bundes bei Verwaltungsmaßnahmen der Länder	57
V. Einvernehmens- und Zustimmungsvorbehalte sowie Einspruchsrechte der Länder bei Verwaltungsmaßnahmen des Bundes	77
VI. Vorschlagsrechte des Bundes oder der Länder bei Verwaltungsmaßnahmen des anderen Verfassungspartners	86
VII. Verpflichtung des Bundes oder der Länder, vor bestimmten Verwaltungsmaßnahmen	
a) sich gegenseitig ins Benehmen zu setzen	89
oder	
b) die Stellungnahme des anderen Verfassungspartners einzuholen	95
VIII. Gegenseitige Einschaltungen des Bundes und der Länder in ihre Verwaltungstätigkeit ohne spezialgesetzliche Verpflichtung	99
IX. Anhang: Die Problematik der Mischverwaltung beim Abschluß von Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen	100
C. Die Fortgeltung vorkonstitutioneller Mischverwaltungen	109
D. Zusammenfassendes Ergebnis und eigene Definition der Mischverwaltung	117
Lebenslauf	120

L i t e r a t u r +)

- | | |
|-----------------------------|--|
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933 |
| Anschütz-Thoma | Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1. Bd., Tübingen 1930 |
| Böhm, Gustav | Zur Rechtsstellung der Bundesoberbehörde, in Deutsches Verwaltungsblatt 1950 S. 746 f |
| Brune, Erwin | Auswirkungen der Generalklausel und des Bonner Grundgesetzes im bergrechtlichen Rechtsmittelverfahren, in Deutsches Verwaltungsblatt 1951 S. 752 ff |
| Dahlgrün, Hans Georg | Die staatliche Finanzkontrolle, in Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 227 ff |
| Dapprich, Gerhard | Zuständigkeit des Bundes und der Länder auf dem Gebiet der Berggesetzgebung und -verwaltung, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 91 S. 462 ff |
| Dreher, Martin | Die Amtshilfe, Göttingen 1959 |
| Entstehungsgeschichte | der Artikel des Grundgesetzes, bearbeitet von v. Doemming, Fülllein, Matz, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge, Bd. 1 (zitiert JÖR n.F. Bd. 1) |
| Fischer-Menshausen, Herbert | Die Abgrenzung der Finanzverantwortung zwischen Bund und Ländern, in Die Öffentliche Verwaltung 1952 S. 673 ff |
| derselbe | Die staatswirtschaftliche Bedeutung des neuen Finanzausgleichs, in Die Öffentliche Verwaltung 1955 S. 261 ff |

+) Soweit von einem Verfasser mehrere Abhandlungen aufgeführt sind, werden sie in den Textanmerkungen mit der Fundstelle oder mit einem Stichwort ihres Titels zitiert.

- Forsthoff, Ernst Fragen der Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Wasserrechts, Rechtsgutachten in Heft 2 der Schriftenreihe "Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft", herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industrie - Wasserwirtschaft im Bundesverband der Deutschen Industrie, Köln, 1956
- derselbe Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 7. Aufl., München-Berlin 1958
- derselbe Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931
- Füßlein Mischverwaltung oder Mitverwaltung?, in Deutsches Verwaltungsblatt 1956 S. 1 ff
- Geiger, W. Das Bund-Länder-Verhältnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Bayerische Verwaltungsblätter 1957 S. 301 ff und 337 ff
- Gerner, Erich Zur Frage der "Mischverwaltung" im Verhältnis zwischen Bund und Ländern, in Bayerische Verwaltungsblätter 1955 S. 193 ff
- Görg, Hubert Zur Frage der Erweiterung der Bundesauftragsverwaltung, in Die Öffentliche Verwaltung 1955 S. 273 ff
- derselbe Probleme der Bundesfinanzverfassung, in Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 205 ff
- Groebe, Klaus Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG, in Deutsches Verwaltungsblatt 1959 S. 757 ff
- Haas, Diether Abschluß und Ratifikation internationaler Verträge, in Archiv des öffentlichen Rechts 78. Bd. S. 381 ff
- derselbe Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden (Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes), in Archiv des öffentlichen Rechts 80. Bd. S. 81 ff
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz, Kommentar, Berlin-Neuwied - Darmstadt 1956
- von Hausen und von der Heide Die rechtliche und funktionelle Bedeutung der Art. 84 und 85 GG, in Die Öffentliche Verwaltung 1958 S. 753 ff

- Huber, Ernst Rudolf Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1937/1939
- Katzenstein, Dietrich Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949, in Die Öffentliche Verwaltung 1958 S. 593 ff
- Klein, Friedrich Von der foederativen zur stärker unitarischen Gestaltung des Finanzwesens in der Bundesrepublik Deutschland, in Festschrift für Friedrich Giese, Frankfurt 1953, S. 61 ff
- Köttgen, Arnold Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge, Bd. 3 S. 67 ff
- derselbe Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, in Die Öffentliche Verwaltung 1955 S. 485 ff
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), herausgegeben von Dennewitz u.a., Hamburg 1950 ff
- Kratzer, Jakob Die Bundesoberbehörde, in Die Öffentliche Verwaltung 1950 S. 529 ff
- derselbe Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land?, in Bayerische Verwaltungsblätter 1958 S. 74 ff
- Krause, Wolfgang Die Verwaltung von Haushaltsmitteln des Bundes durch die Länder und Gemeinden, in Die Öffentliche Verwaltung 1955 S. 278 ff
- Küchenhoff, Günther und Erich Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Stuttgart 1957
- Laforet, Wilhelm Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, in Die Öffentliche Verwaltung 1949, S. 221 ff
- Landmann - Giers - Proksch Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1957
- Lassar, Gerhard Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 14 S. 1 ff

- von Lex, Hans Ritter Die Bereitschaftspolizeien der Länder, ihr Entstehen, ihre Bedeutung für die innere Sicherheit im Bundesgebiet, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. Hans Ehard, München 1957 S. 123 ff
- derselbe Zehn Jahre Grundgesetz, in Bayerische Verwaltungsblätter 1959 S. 133 ff
- Loening, Hellmuth Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, in Deutsches Verwaltungsblatt 1954 S. 173 ff
- von Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, Berlin - Frankfurt 1953
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Berlin - Frankfurt 1957
- Maunz, Theodor Gesetzgebung und Verwaltung in den deutschen Verfassungen, in Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956 S. 255 ff
- derselbe Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 8. Aufl., München - Berlin 1958
- Maunz - Dürig Grundgesetz, Kommentar, München - Berlin 1959
- Medicus, Franz Reichsverwaltung, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 20 S. 1 ff
- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- Nawiasky, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart - Köln 1950
- Obermayer, Klaus Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, in Juristenzeitung 1956 S. 625 ff
- Pathe, Karl Die Ausführung der Bundesgesetze, in Deutsches Verwaltungsblatt 1951 S. 681 ff
- Peters, Hans Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Heft 25 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln - Opladen 1954

- Peters, Hans Gutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Entwurfes eines Gesetzes über die Regelung der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen (Kassenarztrecht), Köln 1953, nicht veröffentlicht
- derselbe Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949
- Reetz, Georg Bundesaufsicht und Bundeszwang, in Staats- und Kommunalverwaltung 1957 S. 224 ff
- Ringe, Karl Zur funktionellen Zuständigkeit der übergeordneten Behörde, in Deutsches Verwaltungsblatt 1957 S. 676 f
- Rohwer-Kahlmann, Harry Schwerbeschädigtengesetz, Loseblatt-Kommentar, München
- derselbe Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze (Art. 84 Abs. 1 GG), in Archiv des öffentlichen Rechts 79. Bd. S. 208 ff
- Seifert-Geeb Erläuterungen zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in Das Deutsche Bundesrecht, I A 10, S. 93 ff
- Sievers, Ernst-R. Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz, in Neue Juristische Wochenschrift 1957 S. 441 ff
- Schäfer, Hans Bundesaufsicht und Bundeszwang, in Archiv des öffentlichen Rechts 78. Bd. S. 1 ff
- derselbe Die bundeseigene Verwaltung, in Die Öffentliche Verwaltung 1958 S. 241 ff
- Scheuner, Ulrich Bund und Länder - Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Stenografischer Bericht über die 46. Sitzung des Landtages von Nordrhein-Westfalen, 3. Wahlperiode, Band 2 S. 1470 B ff
- Schneider, Hans Körperschaftliche Verbundverwaltung, in Archiv des öffentlichen Rechts 83. Bd. S. 1 ff
- derselbe Staatsverträge und Verwaltungsabkommen zwischen deutschen Bundesländern, in Die Öffentliche Verwaltung 1957, S. 644 ff

- | | |
|------------------------|---|
| Starke | Staats- und verwaltungsrechtliche Probleme bei der Neuorganisierung der Versicherungsaufsicht in der Individualversicherung, in Deutsches Verwaltungsblatt 1952 S. 103 ff |
| Triepel, Heinrich | Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart - Berlin 1942 |
| derselbe | Die Reichsaufsicht, Berlin 1917 |
| Vialon, Friedrich Karl | Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin - Frankfurt 1959 |
| Weber, Werner | Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl., Stuttgart 1958 |
| Wessel | Die Verwaltung, in Deutsche Verwaltung 1948/49 S. 327 ff |
| Wolff, Hans J. | Verwaltungsrecht I, Studienbuch, 3. Auflage, München - Berlin 1959 |
| Zinn, Georg-August | Die Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, in Die Öffentliche Verwaltung 1950 S. 522 ff |

A b k ü r z u n g e n

a.Ä.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Amtsbl.	Amtsblatt
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung(en)
ÄÖR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
Art.	Artikel
aRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.4.1871 (Reichsgesetzblatt S. 63), mehrfach geändert.
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt, Bonn - Köln
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Berlin - Köln.
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), herausgegeben von Dennewitz u.a., Hamburg 1950 ff.
BR	Bundesrat
BR-Drucks. Nr.	Bundesratsdrucksache Nummer
BT	Bundestag
BT-Drucks. Nr.	Bundestagsdrucksache Nummer (die römischen Zahlen geben die Wahlperiode an)
Buchst.	Buchstabe
BVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, München

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Stuttgart - Köln
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln - Berlin
Entw.	Entwurf
Erl.	Erläuterung(en)
f	folgende(r)
ff	folgende
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (Bundesgesetzblatt S. 1), mehrfach geändert
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge, Tübingen
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
LAG	Landesarbeitsgericht
LVG	Landesverwaltungsgericht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
Min.Bl.	Ministerialblatt
Min.Bl.Fin.	Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen
Nds.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München - Berlin
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Randnr.	Randnummer(n)
RGBl.	Reichsgesetzblatt, Berlin
S.	Satz, Seite
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
sog.	sogenannt
Sten.Ber.	Stenografischer Bericht
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Köln - Berlin
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1947-1949, Frankfurt/Main

WRV

Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919
(Reichsgesetzblatt Seite 1383), mehr-
fach geändert

z.B.

zum Beispiel

Ziff.

Ziffer(n)

A.

Mischverwaltung von Bund und Ländern - ein Problem der
dualistischen Verwaltungsordnung bundesstaatlicher
Verfassungen.

Der Begriff "Mischverwaltung" ist erst in der verfassungsrechtlichen Diskussion nach 1949 aufgetaucht ¹⁾ ²⁾; die sich dahinter verbergenden Verwaltungsformen sind jedoch teilweise schon Jahrzehnte länger bekannt ³⁾ und auch dem Grundgesetz nicht ganz fremd ⁴⁾. Obwohl unsere Verfassung an die bundesstaatliche Vergangenheit anknüpft, bedeutet Mischverwaltung heutzutage gemeinhin nicht "ein im Grundsatz anerkanntes Rechtsinstitut, über dessen Modalitäten man sich vielleicht streitet, sondern ... die Behauptung einer Verletzung der bundesstaatlichen Ordnung" ⁵⁾. Denn mit der Erwähnung des Ausdruckes

- 1) Ausgehend wohl von Kratzer (DÖV 1950 S. 534), der von "gemischter Bundes-Landesverwaltung" sprach. Den Ausdruck selbst führte anscheinend als erster Rohwer-Kahlmann (AÖR 79. Bd. S. 223) 1953 in die Literatur ein. Dort wurde er dann mehrfach aufgegriffen, vor allem von Köttgen (DÖV 1955 S. 485), Gerner (a.a.O. S. 193), Fußlein (a.a.O. S. 1), Hamann (Art. 83 Erl. C 3), Maunz (Gesetzgebung S. 266, Staatsrecht S. 191) und Schneider (AÖR 83. Bd. S. 2). Der Staatspraxis ist er, soweit ersichtlich, schon seit Anfang 1952 bekannt und geläufig (beginnend wohl mit BT-Drucks. Nr. I/3430 S. 45 a.E.).
- 2) Vereinzelt findet man statt des Ausdruckes "Mischverwaltung" auch den wohl zuerst von Anschütz (Art. 97 Erl. 10) in demselben Sinn verwandten Terminus "Mithverwaltung" (so bei Köttgen, DÖV 1955 S. 488, Fußlein, a.a.O. S. 1, Forsthoff, Fragen S. 20, in BT-Drucks. Nr. III/1534 S. 2 und in "Frankfurter Allgemeine Zeitung" vom 10.10.1959 S. 3 "Streit zwischen Bund und Ländern über den Luftverkehr").
- 3) Vgl. unten S. 19 mit Anm. 24.
- 4) Weisungsrechte: Art. 37 Abs. 2, 84 Abs. 5, 85 Abs. 3, 91 Abs. 2, 119 GG; Zustimmungs-, Einvernehmenserfordernisse: Art. 32 Abs. 3, 85 Abs. 2 S. 3, 89 Abs. 3, 108 Abs. 3 S. 3 GG; Benennungserfordernisse: Art. 108 Abs. 1 S. 3 GG; Anhörungspflichten: Art. 32 Abs. 2 GG.

"Mischverwaltung" verbindet sich meist schon von vornherein "ein juristisches Veto" insbesondere gegenüber Projekten, "die durch Zulassung administrativer Interventionsrechte des Bundes die Eigenständigkeit der Landesverwaltung in Frage stellen" 5).

Auffallenderweise hat man sich jedoch trotz der seit 1949 verstrichenen Zeit, in der vor allem in der Staatspraxis nicht selten von und über Mischverwaltung gesprochen wurde, nur sehr vereinzelt um eine Definition dieses Begriffes bemüht. Vielmehr hat man in der Diskussion meist stillschweigend als bekannt vorausgesetzt oder dahingestellt sein lassen, was man unter dem schillernden Ausdruck "Mischverwaltung" verstand.

Köttgen umreißt diesen Begriff - mehr nebenbei als ausdrücklich - lediglich in einer negativen Formulierung. Nach seiner Ansicht "gehören solche Einschaltungen des Bundes in die Verwaltungsführung der Länder, die ... keine wirkliche Schmälerung der Landeshoheit mit sich bringen, nicht in diesen Zusammenhang" 6).

Gerner verwendet den Ausdruck "Mischverwaltung" "in dem weitgespannten Bereich der Beziehungen zwischen Bund und Ländern ... zur Kennzeichnung von bestimmten Formen des Zusammenwirkens von Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder" 7).

5) Köttgen, DÖV 1955 S. 485; ähnlich auch Schneider, AöR 83. Bd. S. 2.

6) DÖV 1955 S. 487 unter II 1.

7) a.a.O. S. 193.

Und nach Maunz "spricht man im weitesten Sinn von Mischverwaltung", wenn "der gleiche Sachverhalt in irgendeiner Aufteilung sowohl von Behörden des Bundes wie des Landes bearbeitet" wird ⁸⁾.

Schon diese Umschreibungen weisen darauf hin, daß auch eine Mischverwaltung die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben im Sinne des Art. 30 GG bedeutet. Klein hat, auch unter Auswertung der Entstehungsgeschichte dieses Artikels, vor allem gegenüber Hamann ⁹⁾ und damit im Ergebnis auch gegenüber Maunz ¹⁰⁾ nachgewiesen, daß dort unter staatlichen Befugnissen und Aufgaben nur solche hoheitlicher und nicht auch solche fiskalischer Art zu verstehen sind ¹¹⁾. Denn diese Einzelbegriffe sind nur eine erläuternde Umschreibung für den kürzeren und klareren Oberbegriff der Staatsgewalt, der die Funktionen des Staates als Fiskus nicht umfaßt. Außerdem ist es an sich auch nicht die Aufgabe und daher auch nicht der Inhalt einer Verfassung, Bestimmungen für den Fall aufzustellen, daß der Staat als Privatrechtssubjekt auftritt. In dieser Eigenschaft genießt er nämlich im Gegensatz zu seinen Funktionen als Hoheitsträger grundsätzlich keine Vorrangstellung, und zwar auch dann nicht, wenn er sich zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben privatrechtlicher Mittel bedient ¹²⁾. Eine Mischverwaltung ist als verfassungsrechtliches Problem daher nur im Bereich der hoheitlichen Verwaltungstätigkeit von Bund und Ländern denkbar. So ist denn auch in Literatur und Praxis dieser Begriff ausschließ-

8) Staatsrecht S. 191.

9) Art. 30 Erl. C 1.

10) in Maunz-Dürig, Art. 30 Randnr. 10.

11) v. Mangoldt-Klein, Art. 30 Erl. III 1a und b; im Ergebnis ebenso Dennewitz in BK, Art. 30 Erl. II 1.

12) BVerwG in MDR 1958 S. 184 mit weiterem Nachweis, Wolff, a.a.O. S. 82 ff.

lich auf diesen Gebieten staatlicher Tätigkeit verwandt worden ¹³⁾.

Daneben lassen die wiedergegebenen Definitionen und ebenso der Ausdruck "Mischverwaltung" erkennen, daß es sich bei den damit angesprochenen Verwaltungsformen um eine Mischung, ein Ineinandergreifen, ein Ineinander-
verwoben sein von Kompetenzen verschiedener, an sich voneinander getrennter Verwaltungsträger, um ein Zusammenwirken von Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder bei der verwaltungsmäßigen Behandlung einer und derselben Angelegenheit handelt.

Daraus folgt, daß alle die Fälle aus dieser Betrachtung auszuschneiden haben, in denen die Ausführung eines Bundesgesetzes (als Ganzes) zwar des Tätigwerdens von Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder bedarf, die Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche jedoch zwischen diesen beiden Verwaltungsträgern in der Weise nach Sachgesichtspunkten aufgeteilt und voneinander getrennt sind, daß genau bestimmte Materien des Gesetzes vom Bund in bundeseigener und andere von den Ländern in landeseigener oder in Bundesauftragsverwaltung durchgeführt werden ¹⁴⁾. Es handelt sich daher um eine nicht ganz scharfe Ausdrucksweise,

-
- 13) vgl. den S. 14 Anm. 1 gebrachten Nachweis (und zwar dort wohl auch Hamann und Maunz) und die im Folgenden angeführten Beispiele einzelner Mischverwaltungsfälle.
- 14) so z.B.: a) §§ 8, 14, 17, 77 f, 82, 87 f, 92, 96 und §§ 9, 21, 53 ff Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952 (BGBl. I S. 697, in der durch die Änderungsgesetze vom 3.6.1957, BGBl. I S. 593, und 26.6.1959, BGBl. I S. 399, geänderten Fassung),
b) § 305 des Gesetzes über den Lastenausgleich vom 14.8.1952 (BGBl. I S. 446, mehrfach geändert).

wenn u.a. Kratzer ¹⁵⁾ und der Bundesgerichtshof ¹⁶⁾ eine solche vertikale Vollzugsaufspaltung als "eine gemischte (Bundes-Landes-)Verwaltung" bezeichnen. Schneider weist mit Recht darauf hin, daß durch eine vertikale Vollzugsaufteilung oder, wie er sie nennt, eine "Verbundverwaltung" als solche gerade keine Vermischung der Verwaltungskompetenzen und -bereiche des Bundes und der Länder herbeigeführt wird ¹⁷⁾. Bei der vertikalen Vollzugsaufspaltung als solcher kann man deshalb überhaupt nicht von Mischverwaltung sprechen. Sie kann lediglich innerhalb der einzelnen bei einer Verbundverwaltung vorgesehenen Vollzugsformen auftreten.

Eine Mischverwaltung, ein Ineinanderverwobensein von Bundes- und Landeskompetenzen ist deshalb möglich, weil es bei uns ¹⁸⁾ zum Wesen eines Bundesstaates gehört, daß die Ausübung der Summe aller Staatsgewalt - auch aus dem Gedanken der "checks and balances" heraus - möglichst weitgehend auf allen drei der nach dem Prinzip der Gewaltentrennung voneinander geschiedenen Bereiche staatlicher Tätigkeit zwischen dem Zentralstaat (Bund) und den Gliedstaaten (Ländern) aufgeteilt ist, ohne daß gleichzeitig zwischen ihnen die Möglichkeiten einer wechselseitigen Einflußnahme auf die Ausübung der Staatsgewalt ausgeschlossen sind ¹⁹⁾. So ist denn nicht erst durch das Grundgesetz ²⁰⁾, sondern war auch schon durch die

15) DÖV 1950 S. 534.

16) MDR 1958 S. 587.

17) AÖR 83. Bd. S. 4. - Zu der Frage der Zulässigkeit einer Verbundverwaltung vgl. vor allem Schneider AÖR 83. Bd. S. 1 ff mit ausführlichem Nachweis, ferner Köttgen, JÖR Bd. 3 S. 77, 96/97 und DÖV 1955 S. 488.

18) Über die andersartigen Verhältnisse im angelsächsischen Bereich vgl. Scheuner, a.a.O. S. 1471 D - 1472 B.

19) vgl. im einzelnen v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Erl. III 3a, Schneider, AÖR 83. Bd. S. 1 f, Küchenhoff a.a.O. S. 116 ff, 152 f, 162 f, Peters, Gewaltentrennung S. 24, Wolff a.a.O. S. 58; vgl. auch "Dualismus" in Staatslexikon, Freiburg 1926, Bd. I, Spalte 1530.

20) vor allem durch Art. 30 und 83 ff GG.

aRV ²¹⁾ und die WRV ²²⁾ die Verwaltungsordnung im Sinne eines solchen Dualismus gestaltet.

Bei dieser Tradition der mit der Zeit zugunsten des Zentralstaates immer ausgeprägteren "geteilten Verwaltung"²³⁾ ist es nicht verwunderlich, daß man die Verwaltungsformen, um die sich heute die verfassungsrechtliche Diskussion der Mischverwaltung dreht, zum größten Teil bereits unter der aRV antrifft ²⁴⁾. Das Faktum einer Mischverwaltung ist somit im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsleben kein Novum, wohl aber die sich daran anknüpfende verfassungsrechtliche Kontroverse; denn die Mischverwaltung ist erst nach 1949 zu einem Problem von ganz besonderer Bedeutung geworden. Der Parlamentarische Rat hat sich zwar bei der Schaffung des Grundgesetzes und der Gestaltung der dualistischen Verwaltungsordnung, in der die administrativen Kompetenzen von Bund und Ländern teilweise ineinandergreifen, an die Vorbilder der deutschen Vergangenheit angelehnt, ist jedoch in wesentlichen Punkten von ihnen abgewichen oder über ihre Regelungen hinausgegangen.

Soweit die aRV im Rahmen dieser Untersuchung von Interesse ist, war sie nur wenig detailliert. Außerdem besaß das Kaiserreich keine Verfassungsgerichtsbarkeit, die ihre Einhaltung kontrolliert hätte. Deshalb war es unschwer möglich, den wichtigen Art. 4 aRV und vor allem den Begriff der

21) vgl. dort Art. 4, 36, 41 ff; ferner Triepel, Reichsaufsicht S. 173 f.

22) vgl. dort Art. 14, 15, 78, 84, 95, 96, 97.

23) Maunz, Staatsrecht S. 189.

24) vgl. Triepel, Reichsaufsicht S. 309 (durchgehender Beschwerdezug von Landes- zu Reichsbehörden), S. 307, 308, 400, 624 ff (Befehle, Anweisungen, Zustimmung, Genehmigung, Einspruch des Reiches bei Maßnahmen der Einzelstaaten), S. 298/299 ("Benehmen" des Reiches mit den Ländern).

Beaufsichtigung weit auszulegen und so, nicht zuletzt auch durch eine damit verbundene, "meistens freilich, 'stillschweigend' vorgenommene Änderung der Reichsverfassung oder durch einen Ausbau ihres ursprünglichen Gefüges", dem Reich immer mehr Kompetenzen zu einer Einflußnahme auf die Verwaltungsführung der Länder einzuräumen. Das Ergebnis war zwar eine elastische Staatspraxis, andererseits aber auch eine damit fast zwangsläufig Hand in Hand gehende "Verschiebung in dem Kräfteverhältnisse der unitarischen und föderativen Verfassungselemente" in dem Sinne, daß "die einheitsstaatlichen Züge der Verfassung verstärkt, die bündischen geschwächt worden sind" ²⁵⁾.

Dieser Zentralisierungstendenz folgend hat dann Art. 14 WRV, unterstützt von Art. 15 WRV und begünstigt durch die Zeitumstände ²⁶⁾, einer Verwaltungsinitiative des Reiches Tür und Tor geöffnet. Im Gegensatz zu Art. 78 aRV konnten und wurden jetzt durch einfache Reichsgesetze die Verwaltungskompetenzen der Länder zugunsten einer ausschließlichen oder an der Verwaltungsführung der Länder mitwirkenden Exekutive des Reiches immer mehr eingeengt ²⁷⁾. Der vor allem in Art. 14 WRV gegenüber der Vergangenheit zum Ausdruck kommende Wandel der Grundanschauung wird besonders deutlich, wenn man berücksichtigt, daß eine Übertragung von verfassungsmäßig eingeführten Verwaltungskompetenzen des Reiches auf die Länder, eine Schwächung der Reichsgewalt, stets einer Verfassungsänderung bedurfte, hingegen eine Schwächung der Länder zugunsten einer Stärkung der Reichsgewalt im

-
- 25) vgl. zum Ganzen Triepel, Reichsaufsicht S. 298 ff mit weiterem Nachweis, Köttgen, DÖV 1955 S. 486.
26) vgl. dazu Lassar, a.a.O. S. 7 ff, 19.
27) vgl. im einzelnen Anschütz, Art. 14 Erl. 1 u. 4, Lassar, a.a.O. S. 5, 16 ff (17), Medicus, a.a.O. S. 3 ff, 14 ff, 101 ff, Forsthooff, Körperschaft S. 122 f, Weber S. 66.

Bereich der Exekutive jederzeit ohne Verfassungsänderung möglich war. Bei dieser verfassungsrechtlichen Lage mußten unter der WRV die Sonderprobleme der dualistischen Verwaltungsordnung immer mehr an Bedeutung verlieren.

Schon allein in Erinnerung an diese bereits im Kaiserreich begonnene, richtig aber erst unter der WRV einsetzende und dann nach 1933 bis zum Äußersten ²⁸⁾ durchgeführte "fortschreitende Aushöhlung der Eigenstaatlichkeit der Länder" ²⁹⁾ und den auch aus anderen Gründen hinreichend diskreditierten Verwaltungszentralismus wäre bei der Schaffung des Grundgesetzes "das föderative Verfassungsprinzip" sicherlich auch ohne die Weisungen der Besatzungsmächte "erneut zum eigentlichen Angelpunkt der deutschen Verwaltungsorganisation erklärt" ³⁰⁾ worden. Auf jeden Fall hat man auch durch das Grundgesetz wiederum eine dualistische, und zwar dabei eine betont föderativ gestaltete Verwaltungsordnung geschaffen ³¹⁾.

Wegen der Erfahrungen, die man in der Vergangenheit gemacht hatte, suchte man jedoch, gleichzeitig nicht nur eine erneute Mediatisierung der Länder und ihrer Kompetenzen durch den Zentralstaat, sondern überhaupt alle wesentlichen Verschiebungen innerhalb des bundesstaatlichen Gefüges von Verfassungen wegen auszuschalten. Zu diesem Zweck hat der Parlamentarische Rat, abweichend von den Vorbildern der Vergangenheit, die dualistische Verwaltungsordnung vor allem in den Art. 30 und 83 ff GG stark detailliert geregelt,

28) vgl. vor allem Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.1.1934 (RGBl. I S. 75), dort insbesondere Art. 2 i.V.m. der 1. Verordnung vom 2.2.1934 (RGBl. I S. 81).

29) Titel einer bayerischen Denkschrift von 1926, zitiert nach Köttgen, DÖV 1955 S. 486.

30) Köttgen, JöR Bd. 3 S. 71.

31) vgl. auch BVerfGE Bd. 4 S. 189: "In einem so betont föderativ gestalteten Staat wie der Bundesrepublik Deutschland ...".

so sehr, daß sie sich als ein "dünnwandiges Beziehungssystem von gläserner Sprödigkeit" ³²⁾ durch einen gleichsam "juristischen Perfektionismus" ³³⁾ erheblich von ihren wesentlich elastischer gestalteten Vorgängerinnen unterscheidet. Denn Art. 30 GG, in dem man "die allgemeine Grundnorm, die Hauptnorm für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern in allen Bereichen staatlicher Tätigkeit" ³⁴⁾

zu sehen hat, und dann in seiner näheren Erläuterung vor allem die Art. 83 ff GG bestimmen ausdrücklich oder stillschweigend ³⁵⁾ sehr eingehend, auf welchen Gebieten der Verwaltung und insbesondere des Gesetzesvollzuges der Bund oder die Länder extern zuständig sind oder sein können. Der Verfassungsgeber hat dabei auch noch insofern eine bedeutende Regelung getroffen, als er für die Ausführung aller in der Bundesrepublik vom Bund und von den Ländern erlassenen Gesetze nur vier Verwaltungsformen vorgesehen hat:

- a) den Vollzug der Landesgesetze durch die Länder selbst (Art. 30 GG),
- b) den bei der Ausführung der Bundesgesetze den Regelfall bildenden Vollzug durch die Länder als eigene Angelegenheit (Art. 83, 84 GG),
- c) den Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes (Art. 85 GG) und
- d) den Vollzug der Bundesgesetze durch den Bund selbst (Art. 86 ff GG) ³⁶⁾ ³⁷⁾.

Gleichzeitig ist in den Art. 30 und 83 ff GG auch ausdrücklich oder stillschweigend festgelegt, inwieweit der Bund und

32) Weber, a.a.O. S. 39.

33) Köttgen, DÖV 1955 S. 486.

34) v. Mangoldt-Klein, Art. 30 Erl. II 2.

35) v. Mangoldt-Klein, Art. 30 Erl. III 2 c.

36) vgl. auch Maunz, Staatsrecht S. 190, Schäfer, DÖV 1958

S. 242, Hamann, Vorbemerkung vor Art. 83 und Art. 83 Erl. C 1.

37) Zu der Frage eines Gesetzesvollzuges durch den Bund im Auftrage der Länder vgl. unten S. 104 ff.

die Länder als solche die Befugnis haben, wechselseitig auf die Einzelmaßnahmen ihrer Verwaltungstätigkeit, z.B. durch Weisungen und Einvernehmen, einen Einfluß auszuüben.

Hat der Verfassungsgeber durch die starke Detaillierung des VIII. Abschnittes des Grundgesetzes eine schon vom Kaiserreich her in ihren Folgen nur zu gut bekannte äußerst weitherzige Auslegung seiner einzelnen Bestimmungen weitgehend unmöglich gemacht, so hat er der von ihm geschaffenen dualistischen Verwaltungsordnung - und damit auch dem gesamten bundesstaatlichen Gefüge - auch noch auf andere Weise einen sehr wirksamen Schutz verliehen. Denn im Gegensatz zu Art. 14 WRV hat er die von ihm vorgenommene Gestaltung dieses Bereiches sich berührender und ineinandergreifender staatlicher Tätigkeit von Bund und Ländern nicht mehr zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt, sie vielmehr durch Art. 30 und 83 GG mit einer erhöhten verfassungsmäßigen Bestandsgarantie versehen. Danach bedarf nämlich jedes Abweichen von der ausdrücklichen oder stillschweigenden verfassungsmäßigen Regelung der dualistischen Verwaltungsordnung einer Verfassungsänderung. Hinzu kommt noch, daß auch ihr im Vergleich zu Art. 78 aRV und Art. 76 WRV wesentlich engere Grenzen gezogen sind. Ganz abgesehen davon, daß durch Art. 79 GG heute Verfassungswandlungen ausgeschlossen sind³⁸⁾, sind durch diese Bestimmung auch stillschweigende Verfassungsänderungen in Form sog. verfassungsdurchbrechender Gesetze unmöglich gemacht. Denn jede Verfassungsänderung bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer ausdrücklichen Änderung des Wortlautes des Grundgesetzes.

Berücksichtigt man all dies, so kommt man zu dem Ergebnis, daß durch das Grundgesetz die externen Zuständigkeiten

38) Klein, a.a.O. S. 112 ff, 117, v. Mangoldt-Klein, Einleitung III 3.

und die internen Befugnisse und die Verantwortlichkeiten von Bund und Ländern gegenüber der aRV und der WRV wesentlich eindeutiger und definitiver festgelegt und gegeneinander abgegrenzt und die Verwaltungsräume von Bund und Ländern schärfer voneinander getrennt sind und daß deshalb den genannten vier Verwaltungsformen ein verfassungsmäßiger Typenzwang in dem Sinne zukommt, daß andere denkbare Verwaltungsformen nicht mehr mit dem Grundgesetz vereinbar sind und ihre Einführung daher einer Verfassungsänderung bedarf ³⁹⁾.

Zu weit geht jedoch die von Gerner ⁴⁰⁾ in diesem Zusammenhang vertretene Ansicht, daß dieser Typenzwang so streng ist, daß auch Abarten ("Mischformen") der genannten Verwaltungsformen dem Grundgesetz schlechthin widersprechen. Denn solange sie ihnen noch immanent, noch von der jetzigen Gestaltung der dualistischen Verwaltungsordnung und insbesondere der Verteilung der verfassungsmäßigen Rechte gedeckt sind, müssen sie zulässig sein ⁴¹⁾.

Bei dieser gegenüber früher stark veränderten verfassungsrechtlichen Situation hebt Weber mit Recht hervor, daß "das Grundgesetz ... von der Reaktion auf die unmittelbare Vergangenheit lebt" ⁴²⁾. Deshalb ist es mehr als bedenklich, wenn Füßlein der Mischverwaltung allein schon wegen ihrer "mehr als 80jährigen deutschen Tradition" nicht nur ihren institutionellen Wert, sondern auch ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zuerkennen will ⁴³⁾. Denn diese Fragen lassen sich nur nach der jeweiligen Verfas-

39) vgl. vor allem Gerner, a.a.O. S. 1, ferner BR z.B. in der 145. Sitzung, S. 259 C, Katzenstein, a.a.O. S. 602, und den oben Anm. 36 gebrachten Nachweis.

40) a.a.O. S. 1

41) ähnlich auch Füßlein, a.a.O. S. 2.

42) a.a.O. S. 36, vgl. auch JÖR n.F. Bd. 1 S. 573/574, 621 ff., 624.

43) a.a.O. S. 2.

sung beantworten, nur danach, wie die dualistische Verwaltungsordnung dort im einzelnen gestaltet ist, welche rechtliche Bedeutung ihren Einzelregelungen zukommt, wie die externen Zuständigkeiten und die internen Befugnisse und die Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Ländern aufgeteilt und gegeneinander abgegrenzt, welche Verwaltungsformen vorgesehen und inwieweit die Verwaltungsräume des Bundes und der Länder voneinander getrennt sind, also heute vor allem nach den Art. 30 und 83 ff GG^{44) 45)}.

44) vgl. auch Köttgen, DÖV 1955 S. 485 f, 487, Gerner, a.a.O. S. 193.

45) Daneben halten Gerner (a.a.O. S. 193) und der Bundesrat (z.B. in BT-Drucks. Nr. II/1447, S. 3 Nr. 7) auch das - jedenfalls nach ihrer Ansicht - im Grundgesetz verankerte Prinzip der grundsätzlichen Gleichordnung von Bund und Ländern für einen unmittelbar einschlägigen Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Mischverwaltung. Dabei übersehen sie jedoch, daß die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis von Bund und Ländern in diesem Zusammenhang höchstens mittelbar von Bedeutung sein kann, da sie nur eine Vorfrage im Rahmen der Problematik einer Mischverwaltung bedeutet. Ihre Beantwortung könnte nämlich lediglich darüber eine Auskunft geben, nach welchen Gesichtspunkten die Kompetenzen umrissen und ausdrücklich oder stillschweigend zwischen Bund und Ländern verteilt sind.

B.

Die Hauptformen einer Mischverwaltung und ihre
Zulässigkeit.

I.

Die auffälligste Form einer Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern wäre der gemeinsame Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsakten; Maßnahmen, bei denen Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder uno actu mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung gemeinsam tätig würden und auch so dem Adressaten gegenüber aufträten.

- a) Rechtsverordnungen sind Rechtsetzungsakte, die materiellen Gesetzescharakter besitzen. Trotzdem gehören uno actu von Bundes- und von Landesbehörden gemeinsam erlassene Rechtsverordnungen in diesen Zusammenhang, da es sich um Rechtsetzungen der Verwaltung handelt, wenn auch an Stelle des an sich zuständigen Gesetzgebers ¹⁾.

Ein Beispiel für solche gemeinsam erlassenen Rechtsverordnungen sind die schiffahrtspolizeilichen Verordnungen für die Häfen, die an Bundeswasserstraßen liegen ^{2) 3)}. Während die schiffahrtspolizeilichen Aufgaben auf den Bundes-

1) vgl. zum Ganzen Wolff, a.a.O. S. 98

2) z.B. a) Verordnung vom 3./14.8.1957 (Amtsblatt der Bezirksregierung Düsseldorf vom 29.8.1957, S. 277). II. Nachtrag zur Polizeiverordnung betreffend die Benutzung der städtischen Werft- und Hafenanlagen in Düsseldorf vom 19.6./12.10.1933 (Sonderblatt zum Amtsblatt der Regierung zu Düsseldorf vom 11.11.1933, S. 365) und des I. Nachtrages dazu vom 22.6./4.7.1936 (Amtsblatt der Regierung zu Düsseldorf vom 25.6.1936, S. 195),
b) 5. Nachtrag zur Polizeiverordnung für die Häfen der Duisburg-Ruhrorter Häfen Aktiengesellschaft vom 18.11. und 22.12.1933 (Amtsblatt der Regierung zu Düsseldorf 1934, S. 12 ff), vom 24.9./2.10.1952 (Amtsblatt der Bezirksregierung Düsseldorf, Sonderausgabe vom 29.8.1957, S. 59).

wasserstraßen zur Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes gehören, fallen die schiffahrtspolizeilichen Angelegenheiten in den Häfen in den Gesetzgebungs- und Verwaltungsbereich der Länder. Da die Wasserflächen dieser Häfen und der Bundeswasserstraßen ineinander greifen, bei den sog. Parallelhäfen sogar gleichzeitig Bestandteil der Bundeswasserstraßen und der Häfen sind, lag es nahe, in diesen sich einheitlich darstellenden Lebensbereichen die verschiedenen Zuständigkeiten gewissermaßen zu addieren, miteinander zu verschmelzen und durch gemeinsame Maßnahmen einheitliche Regelungen zu schaffen. Um diese Regelungen auch möglichst wirksam zu gestalten, werden sie ergänzt durch Vereinbarungen

c) Verordnung vom 28.1./4.3.1958 (Amtsblatt der Bezirksregierung Düsseldorf vom 13.3.1958, S. 90).
7. Nachtrag zur Polizeiverordnung für die Häfen der Duisburg-Ruhrorter Häfen Aktiengesellschaft vom 18.11. und 22.12.1933 (Amtsblatt der Regierung zu Düsseldorf 1934, S. 12 ff),

a - c) gemeinsam erlassen von der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Duisburg und dem Regierungspräsidenten in Düsseldorf,

d) Hafenordnung (Polizeiverordnung) für die Häfen in Schleswig-Holstein vom 24.4.1956 (GVBl. S. 79),

vgl. auch

e) Verordnung (Polizeiverordnung) zur Sicherung des Verkehrs im Bereich der Fähranlagen Großenbrode-Kai vom 23.6.1959 (Schl-H GVBl. S. 74),

d und e) gemeinsam erlassen von dem Bundesminister für Verkehr und dem Minister für Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein. - Zu diesen beiden Verordnungen ist noch zu bemerken, daß nach einer Auskunft des Ministers für Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein der Bund die Auffassung vertritt, daß zu den Bundeswasserstraßen nicht nur die Binnen- gewässer des Bundes, sondern auch sämtliche Küstenge- wässer gehören und daß er auf dem Gebiet der Seeschiff- fahrt auch Zuständigkeiten aus der Natur der Sache be- sitzt (vgl. auch unten S. 103 f).

- 3) Weder in diesem noch in den folgenden Kapiteln wird bei den angeführten Beispielen geprüft, ob die Ansich- ten des Bundes und der Länder zutreffen, in concreto überhaupt zuständig zu sein. Vielmehr beschränkt sich die Untersuchung darauf, ob bei insoweit unterstellter Kompetenz eine Mischverwaltung zulässig ist.

zwischen dem Bund und den betreffenden Ländern, durch die die Wahrnehmung der schiffahrtspolizeilichen Aufgaben in den Häfen und auf den Bundeswasserstraßen in einer Hand, beim Bund oder bei den Ländern vereinigt wird ⁴⁾.

In unserem gewaltenteilenden Staat ist die Verwaltung an sich nicht zur Rechtsetzung berufen. Deshalb bedarf sie zum Erlaß von Rechtsverordnungen immer einer Ermächtigung (Delegation) durch die Legislative ⁵⁾. Eine jeder Delegation immanente Selbstverständlichkeit ist, daß der Delegant nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt, und daß sich deshalb der Delegatar bei deren Ausübung innerhalb der Schranken zu bewegen hat, die auch dem Deleganten gesetzt sind:

Das Grundgesetz kennt nur solche Rechtsetzungsakte der Legislative, die Bundes- oder Landesrecht enthalten, und nicht auch solche, in denen eine Synthese aus beidem anzutreffen ist. In unserer Verfassung sind die Zuständigkeiten und Tätigkeiten des Bundes- und des Landesgesetzgebers äußerst scharf und unbedingt voneinander getrennt (Art. 30 und 70 ff GG). Daher können die beiden Gesetzgeber die ihrer Kompetenz unterfallenden Materien, und mögen sie noch so nahe miteinander verwandt sein und sich noch so eng berühren, immer nur durch vollkommen eigene und selbständige Gesetze regeln. Verwehrt ist es ihnen, dies durch ein einheitliches, uno actu gemeinsam erlassenes Gesetz zu tun. Deshalb ist es auch den Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder als

-
- 4) vgl. die unten S. 103 f und 107 behandelten Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Ländern Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.
- 5) Art. 80 Abs. 1 GG, Art. 70 der Verfassung NW (GVBl. 1950 S. 127), Wolff, a.a.O. S. 98, und Verwaltungsrecht I, 2. Auflage, S. 94/95, Triepel, Delegation S. 55 ff.

den Rechtsetzungsdelegataren der Legislative unmöglich, uno actu gemeinsam Recht zu setzen und in dieser Form Rechtsverordnungen zu erlassen.

Der gemeinsame Erlaß von Rechtsverordnungen widerstreitet daher dem Grundgesetz und allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ist deshalb nicht zulässig. - Das Ergebnis kann auch nicht anders lauten, wenn man berücksichtigt, daß es in den vom Bund und dem Lande Schleswig-Holstein gemeinsam erlassenen Rechtsverordnungen⁶⁾ heißt, daß der Bundesminister für Verkehr und der Minister für Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein die Verordnungen "je für ihren örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich" erlassen haben. Denn dadurch ändert sich nichts an der Tatsache, daß es sich trotzdem nur um eine Rechtsverordnung handelt. Außerdem sind in den genannten Verordnungen die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche auch gar nicht umgrenzt, sondern lediglich der Gesamtgeltungsbereich der Verordnungen.

- b) Im Gegensatz zu den gemeinsam erlassenen Rechtsverordnungen hat die Mischverwaltungsform des uno actu von Bund und Ländern gemeinsam erlassenen Verwaltungsaktes⁷⁾, soweit ersichtlich, keine praktischen Vorbilder⁸⁾, ist jedoch genauso denkbar. Nach dem Grundgesetz ist eine

6) vgl. oben S. 27 Anm. 2 d und e.

7) Der für diese Fälle allgemein gebräuchlichen Terminologie vom "zusammengesetzten Verwaltungsakt" (Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 223, Köttgen, DÖV 1955 S. 487, Gerner, a.a.O. S. 195, Fußlein, a.a.O. S. 1) soll hier nicht gefolgt werden. Denn es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der Verwaltungsakt irgendwie "zusammengesetzt" ist, sondern allein darauf, daß er von zwei verschiedenen Behörden uno actu gemeinsam erlassen wird.

8) Insbesondere kann man trotz seines Wortlautes nicht § 20 Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389) als Beispiel heranziehen. Wenn es dort heißt, daß "dieses Gesetz gemeinsam von den Hauptfür-

und dieselbe administrative Zuständigkeit immer nur dem Bund oder den Ländern zur alleinigen und niemals dem Bund und den Ländern zur gemeinsamen Ausübung uno actu zugewiesen. Der gemeinsame Erlaß von Verwaltungsakten ist aber auch nicht als Addition verschiedener, voneinander getrennter Zuständigkeiten des Bundes und der Länder möglich. Denn nach der in unserer Verfassung getroffenen Zuständigkeitsordnung und den dort festgelegten vier Verwaltungsformen soll immer nur eine Verwaltungsstelle, eine Bundes- oder eine Landesbehörde bei Erlaß eines Verwaltungsaktes eine unmittelbare, rechtserhebliche Außenwirkung erzeugen, und hat die mit der externen Zuständigkeit untrennbar verbundene externe Verantwortlichkeit - die sich, wie z.B. im Falle der Weisung, durchaus nicht mit der internen zu decken braucht - immer nur bei einer Stelle zu liegen.

sorgestellten ... und der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung durchgeführt" wird, sind damit - auch nach der Entstehungsgeschichte ^{†)} - nicht ein gemeinsamer Gesetzesvollzug und der gemeinsame Erlaß von Verwaltungsakten beabsichtigt, sondern lediglich die Ausführung des Gesetzes zu einem gemeinsamen Anliegen der beteiligten Bundes- und Landesstellen gemacht, die deshalb ihre Maßnahmen intern weitgehend koordinieren sollen ⁺⁺). Um dies auch in der Praxis gewährleisten zu wissen, hat der Gesetzgeber, ohne die den Hauptfürsorgestellten und der Bundesanstalt insbesondere in den §§ 21 und 22 zugewiesenen (alleinigen) Zuständigkeiten anzutasten, in verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes den beteiligten Behörden ein Vorschlagsrecht zu bestimmten Maßnahmen der anderen Behörde eingeräumt oder vorgeschrieben, daß sie sich gegenseitig ins Benehmen zu setzen haben ⁺⁺⁺).

^{†)} vgl. dazu BT-Drucks. Nr. I/3430, S. 33/34, BT-Drucks. Nr. I/4292, insbesondere S. 2 und 4 f, Sten.Ber. über die loB. BR-Sitzung, S. 241 A.

⁺⁺) so auch Rohwer-Kahlmann, Kommentar, Vorbemerkung vor § 20, Köttgen, JÖR Bd. 3 S. 141, und DÖV 1955 S.487.

⁺⁺⁺) Zu den einzelnen Fällen und überhaupt zu diesen beiden Formen einer Mischverwaltung vgl. unten S. 86 ff mit Anm. 5 und S. 89 ff mit Anm. 20.

Der uno actu gemeinsame Erlaß von Verwaltungsakten würde daher in jedem Fall der Systematik des Grundgesetzes widersprechen. Er würde eine grundlegende Änderung der verfassungsmäßigen Regelung der externen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten und daher nicht mehr eine möglicherweise noch zulässige Abart der im Grundgesetz vorgesehenen Verwaltungsformen bedeuten. Der gemeinsame Erlaß von Verwaltungsakten ist deshalb ohne Verfassungsänderung nicht zulässig⁹⁾.

9) Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 223, Köttgen, DÖV 1955 S. 487/488, Gerner, a.a.O. S. 195, Fußlein, a.a.O. S. 1, Hamann, Art. 83 Erl. C 3, Görg, Probleme S. 218, Sievers, a.a.O. S. 443 mit weiterem Nachweis; vgl. auch die Bedenken des preuß. OVG in Bd. 47 S. 225; a.A. anscheinend bayer. VGH in BVBl. 1956 S. 314 unter 2 b; jedoch ohne Begründung; unklar OVG Lüneburg in Bd. 9 S. 460.

II.

Eine andere Form der Mischverwaltung wäre gegeben, wenn - wie es in verschiedenen, überwiegend von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwürfen vorgesehen war ¹⁾ - ein förmlicher - nichtgerichtlicher - Rechtsmittelzug von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes eröffnet würde. In diesem Falle hätten Landes- und Bundesbehörden zeitlich nacheinander mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung über einen und denselben Sachverhalt potentiell verbindlich zu entscheiden. Hier würden Bundesbehörden mit unmittelbarer Außenwirkung in den Bereich der Landesverwaltung eingeschaltet. Denn da sie über den Bestand von Landesverwaltungsakten zu befinden hätten ²⁾, hätten die Länder deren abändernde oder aufhebende Entscheidungen bei ihrem weiteren Vollzug der betreffenden Bundesgesetze bei unveränderter Sach- und Rechtslage unbedingt zu beachten ³⁾.

-
- 1) a) § 8 Abs. 1 des Entw. eines Ges. über den Vertrieb jugendgefährdender Schriften, BT-Drucks. Nr. I/1101,
b) § 9 Abs. 2 des Entw. eines Ges. zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau, BT-Drucks. Nr. I/2388,
c) § 26 Abs. 2 des Entw. eines Ges. über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz), BT-Drucks. Nr. I/3430,
d) §§ 7 Abs. 1 und 14 Abs. 1 des Entw. eines Ges. zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. Nr. II/76,
e) § 368 h Abs. 5 des Entw. eines Ges. über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes (Gesetz über Kassenarztrecht), BT-Drucks. Nr. II/528.
 - 2) Schon aus diesem Grunde kann es sich hier nicht um einen Unterfall der vertikalen Vollzugsaufspaltung handeln (vgl. dazu oben S. 17 f). Denn dort werden im Gegensatz zu der hier erörterten horizontalen Vollzugsaufspaltung Landes- und Bundesbehörden nebeneinander, gleichinstanzlich und in verschiedenen Angelegenheiten tätig.
 - 3) Gerner, a.a.O. S. 194; vgl. auch BGH in MDR 1956 S. 410 ff mit Anm. von Bettermann, Ringe a.a.O. S. 676.

Außer der Bundesregierung halten auch Nawiasky ⁴⁾, Böhm ⁵⁾, Pathe ⁶⁾, von Mangoldt ⁷⁾, Herrfahrdt ⁸⁾, Peters ⁹⁾ und Schneider ¹⁰⁾ eine horizontale Vollzugsaufspaltung zwischen Bund und Ländern in einer und derselben Angelegenheit - wie sie auch ein zum Bund durchgehender nichtgerichtlicher Rechtsmittelzug mit sich brächte - nicht für schlechthin unvereinbar mit dem Grundgesetz ¹¹⁾. Vielmehr sind sie der im einzelnen überhaupt nicht oder nur kurz begründeten Ansicht, daß zumindest die nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG errichteten Bundesoberbehörden den entsprechenden Landesbehörden ipso iure instanzziell übergeordnet seien oder doch eine solche Überordnung durch Gesetz eingeführt werden könne ¹²⁾. Böhm, Pathe, Herrfahrdt, Peters und Schneider schränken jedoch ihre Auffassung sofort ein. Sie erachten in diesen Fällen nicht alle wesensmäßigen, immanenten Auswirkungen eines solchen Instanzenzuges für verfassungsgemäß und gestehen den Bundesoberbehörden keine (Aufsichts- und) Weisungsrechte gegenüber den Landesbehörden zu, und zwar weil die Art. 84 und 85 GG insoweit eine abschließende Regelung enthielten.

4) a.a.O. S. 42 und 71.

5) a.a.O. S. 747.

6) a.a.O. S. 683.

7) Art. 84 Erl. 2 S. 454 und Art. 87 Erl. 6 S. 474.

8) BK Art. 87 Erl. II 4.

9) Gutachten S. 3.

10) AöR 83. Bd. S. 6.

11) ebenso auch Maunz, Staatsrecht S. 195, unter 5a, 5b bb, S. 197, unter 6 (ebenso in den früheren Auflagen), Gesetzgebung S. 266; vgl. dazu unten S. 39 f und 40 ff.

12) Peters (Lehrbuch S. 48) erläutert das Wesen der Über- und Unterordnung dahin, daß "eine Behörde mit Weisungs- und Befehlsbefugnissen gegenüber einer anderen ausgestattet ist", und nennt als Regelform der Überordnung den Instanzenzug.

"Von einem solchen spricht man dort, wo mehrere Dienststellen übereinandergestellt sind zu dem Zweck, die gleiche Angelegenheit auf Antrag oder von Amts wegen nacheinander zu prüfen und zu entscheiden".

Halten diese Autoren - mit Recht - Weisungsbefugnisse im Verhältnis Bundesoberbehörde - Landesbehörden nicht für verfassungsgemäß, so verwundert es und erscheint es widerspruchsvoll, daß Schneider ¹³⁾ und im Ergebnis sicherlich auch die anderen genannten Verfasser ¹⁴⁾ dennoch "keine durchschlagenden Bedenken dagegen" haben, "bestimmte Maßnahmen der Landesbehörden der Beschwerde an die Bundesoberbehörde ... zu unterwerfen". Denn in ihrer Bedeutung für die Verwaltungspraxis der hier nachgeordneten Landesbehörden weisen Beschwerdeentscheid und Weisung keinen rechtlich relevanten Unterschied auf, da die Verwaltungsstellen der Länder bei unveränderter Sach- und Rechtslage an sie gleichermaßen gebunden sind. Außerdem wirkt eine Weisung unmittelbar nur intern zwischen den beteiligten Bundes- und Landesbehörden, während ein Beschwerdeentscheid darüber hinaus auch noch eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung entfaltet ¹⁵⁾.

Der Auffassung der Bundesregierung, von Nawiaskey, Böhm, Pathe, von Mangoldt, Herrfahrdt, Peters und Schneider ist vor allem jedoch folgendes entgegenzuhalten:

Nach Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG kann der Bund zwar im Bereich der landeseigenen und der (Bundes-)Auftragsverwaltung das Verwaltungsverfahren regeln und damit auch Bestimmungen über eine Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern und eine Einflußnahme der Bundes- auf die Landes-

13) AÖR 83. Bd. S. 6.

14) vgl. vor allem Peters' Umschreibung des Instanzenzuges (vgl. oben S. 33 Anm. 12) und seine Auffassung, daß es "Sache des Bundesgesetzgebers" sei zu entscheiden, in welcher Weise die von ihm errichtete "Bundesoberbehörde in den an sich den Ländern vorbehaltenen Verwaltungsorganismus eingeschaltet" wird (Gutachten S. 8).

15) vgl. zum Ganzen oben S. 32 mit Anm. 3 und Wolff, a.a.O. S. 237.

behörden treffen ¹⁶⁾ ¹⁷⁾. Jedoch wird dadurch nicht die verfassungsrechtliche Möglichkeit zur Errichtung eines förmlichen zum Bund führenden nichtgerichtlichen Rechtsmittelzuges eröffnet. Nach dem Grundgesetz ist zwischen Bund und Ländern vor allem durch die ausdrückliche Festlegung der Verwaltungsformen und -räume eine deutliche Zäsur geschaffen worden. Nach unserer Verfassung stellen Bund und Länder nach außen hin grundsätzlich selbständige, voneinander unabhängige und in sich geschlossene Verwaltungseinheiten dar ¹⁸⁾. Innerhalb der einzelnen (vier) Verwaltungsformen sind nämlich - abgesehen von den hier nicht weiter interessierenden, möglicherweise so weit gehenden Sonderfällen der Art. 37, 73 Ziff. 10 und 91 GG - alle zu konkreten, unmittelbar extern wirkenden Einzelmaßnahmen berechtigenden Zuständigkeiten und die damit verbundenen externen Verantwortlichkeiten entweder nur dem Bund oder nur den Ländern zugewiesen worden ¹⁹⁾. Deshalb werden Bund und Länder nicht nur bei der autonomen bundeseigenen (Art. 86 ff GG) und autonomen landeseigenen (Art. 30 GG) Verwaltung, sondern die Länder auch bei der ihnen durch das Grundgesetz zugewiesenen beschränkt unabhängigen landeseigenen (Art. 84 GG) und Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) nach außen hin immer nur im eigenen Namen tätig.

16) Darauf stützen Böhm und Schneider (beide a.a.O.) ihre Ansicht.

17) Zu der sich mit Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG verbindenden Problematik vgl. außer Nachstehendem auch unten S.60/61, 74 ff.

18) vgl. Kratzer, DÖV 1950 S. 534, 535, Starke, a.a.O. S. 104, Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 219, 223, Gerner, a.a.O. S. 194, Görg, Probleme S. 218.

19) vgl. BGH in NJW 1955 S. 299 f, Köttgen, DÖV 1955 S. 487, 488, 489, 491, Wessel, a.a.O. S. 327/328, 329.

Aus diesen Gründen handelt es sich trotz der teilweise recht weit gehenden Einflußrechte des Bundes bei Art. 84 und 85 GG nicht um "mittelbare Bundesverwaltung", bei der die Behörden der Länder als Organe des Bundes anzusehen wären, sondern in beiden Fällen um Landesverwaltung²⁰⁾. Zwischen diesen beiden Arten einer Landesverwaltung besteht nur der Unterschied, daß der Bund bei der Auftragsverwaltung (Art. 85 GG) in stärkerem Maße als bei der landeseigenen Verwaltung (Art. 84 GG) auf die Tätigkeit der Länder entscheidenden Einfluß nehmen kann²¹⁾.

Handelt es sich bei Art. 84 und 85 GG um Landesverwaltung, so muß auch das nach außen wirkende Verwaltungsverfahren immer, also auch wenn es vom Bund geregelt wird, ein solches der Länder bleiben, und hat der verwaltungsmäßige Instanzen- und der von ihm involvierte

-
- 20) Herrfahrdt in BK Art. 85 Erl. I und II 1, Hamann, Art. 85 Erl. A/B, Maunz, Staatsrecht S. 195, 197, BGH in NJW 1955 S. 299 f, Gerner, a.a.O. S. 194, Wessel, a.a.O. S. 327, 329. Abzulehnen Abg. Dr. Strauß, Sten.Ber. über die 45. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, S. 595, von Mangoldt, Art. 85 Erl. 2 S. 460/461, selbst dann, wenn sie ihre Ansicht nur auf das praktische Ergebnis der Auftragsverwaltung abgestellt wissen wollen (vgl. auch unten S. 71 mit Anm. 49).
- 21) Laforet, a.a.O. S. 223, Seifert-Geeb, zu Art. 85 S. 153. Auch Herrfahrdt (BK Art. 85 Erl. I und II 1) hält es für bedenklich, aus der begrifflichen Unterscheidung zwischen der Gesetzesausführung "als eigene Angelegenheit" und "im Auftrage des Bundes" andere als die aufgezeigten Folgerungen zu ziehen. Und Maunz (Staatsrecht S. 197) weist darauf hin, daß es sich bei der Auftragsverwaltung nicht um eine Verwaltung "im Auftrage" des Bundes, sondern um eine Landesverwaltung lediglich nach Weisung des Bundes handelt (vgl. auch BGH in NJW 1955 S. 299).

Rechtsmittelzug stets innerhalb des Landes bei der dort zuständigen Landes- und niemals bei einer Bundesbehörde zu enden. Es gilt daher erst recht unter dem Grundgesetz der Satz, den Forsthoff ²²⁾ trotz des damals bestehenden - und heute fehlenden - Art. 14 WRV bereits für die Weimarer Zeit vertreten hat, daß "eine Aufteilung der Vollzugskompetenzen zwischen Reich und Ländern in der Weise, daß eine Behördenorganisation geschaffen wird, die in den unteren Instanzen aus Landesbehörden besteht und in eine Reichsbehörde als Spitze ausläuft", unserer bundesstaatlichen Verfassung widerstreitet ²³⁾.

Dieses Ergebnis gilt nicht nur für die obersten Bundesbehörden, sondern genauso auch für die Bundesoberbehörden und ihr rechtliches Verhältnis zu den Landesbehörden ²⁴⁾ ²⁵⁾. Es bestünde nämlich ein nicht zu lösender Widerspruch innerhalb der Systematik des Grundgesetzes, wenn "nicht einmal im Grenzfall der Auftragsverwaltung

22) Körperschaft S.123.

23) ebenso Wessel, a.a.O. S. 327/328, 329, Kratzer, DÖV 1950 S. 534, Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 223, Köttgen, JöR Bd. 3 S. 74, 77, 82, 97 und DÖV 1955 S. 488, 491, Gerner, a.a.O. S. 194, Hamann, Art. 83 Erl. C 3, Scheuner, a.a.O. S. 1473 D/1474 A, Dreher, a.a.O. S. 139, vgl. auch von Mangoldt, Art. 85 Erl. 4 S. 462.

24) Kratzer, DÖV 1950 S. 533 ff, Starke, a.a.O. S. 104, Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 223, Hamann, Art. 83 Erl. C 3, Gerner, a.a.O. S. 195, Dreher, a.a.O. S. 139, hier auch Maunz, Staatsrecht S. 198 (ebenso in den früheren Auflagen; vgl. andererseits oben S. 33 mit Anm. 11).

25) Was hier und nachfolgend über die Bundesoberbehörden gesagt wird, gilt entsprechend auch für die zum Gesetzesvollzug +) bestimmten bundesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten, da man nach Art. 87 Abs. 3 GG insoweit gleichgestellte und gleichbehandelte Institutionen nicht verschieden beurteilen kann (BR in BT-Drucks. Nr. II/1447 S. 3 Nr. 7, Köttgen, DÖV 1955 S. 492, Gerner, a.a.O. S. 195, Hamann, Art. 83 Erl. C 3). Der Trennungsstrich, den das GG zwischen den administrativen Kompetenzen des Bundes und der Länder

sich die beteiligten Landesbehörden ... in der Rolle einer (extern) nachgeordneten Behörde befinden", der Bund also auch hier "auf die Rolle des Außenseiters beschränkt bleibt" ²⁶⁾, man aber auf der anderen Seite einfach aus dem Recht des Bundes zur Errichtung von Bundesoberbehörden die instanzmäßige Überordnung dieser Stellen gegenüber den Landesbehörden - und wenn auch nicht mit allen ihren Auswirkungen - für zulässig erachten würde. Hinzu kommt, daß für die Errichtung von Bundesoberbehörden noch nicht einmal die Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist, so daß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG eine leicht zu handhabende und insofern an Art. 14 WRV erinnernde Möglichkeit zur Beschränkung der Landesverwaltung bietet. Deshalb ist diese Bestimmung, auch unter Berücksichtigung der föderativen Gesamtstruktur des Grundgesetzes, eng auszulegen, und kann aus ihr nicht die Zulässigkeit eines von der sonstigen Systematik wesentlich abweichenden Verwaltungsaufbaues herausgelesen werden. Andernfalls könnte nämlich auf dem Umweg über die Errichtung von Bundesoberbehörden durch ein einfaches und dazu noch nicht einmal zustimmungsbedürftiges Gesetz

gezogen hat, duldet hier keine besonderen Ausnahmen, da es für seinen Verlauf und seine Beachtung nur darauf ankommen kann, ob es sich überhaupt um Staatsverwaltung handelt, und nicht auch darauf, ob in unmittelbarer oder nur mittelbarer Form.

- ⁴⁾ Nur hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf die über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehende Ansicht von Peters (Gutachten S. 4 ff), daß es daneben auch noch Körperschaften gebe, die "trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters und trotz ihrer gesetzlich festgelegten Zielrichtung" nicht zur Gesetzesausführung, sondern nur zur Interessenwahrung ihrer Mitglieder bestimmt seien. Das Verhältnis der als Dachorganisationen geschaffenen körperschaftlichen Bundesvereinigungen zu den einzelnen zugehörigen Landesvereinigungen soll deshalb nicht nach den Art. 83 ff GG zu bestimmen, sondern der freien Gestaltung des Bundesgesetzgebers überlassen sein (vgl. auch Haas, AÖR 80. Bd. S. 98).

26) Köttgen, DÖV 1955 S. 491.

die durch Art. 84 und 85 GG für den Bereich der landeseigenen und der Auftragsverwaltung errichtete Schranke zwischen den administrativen Kompetenzen des Bundes und der Länder beiseite geschoben und könnten so weiter gehende oder gar ganz neue Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes auf die Landesverwaltung eröffnet werden ²⁷⁾.

Auch aus dem Begriff "selbständige Bundesoberbehörde" lassen sich keine Gesichtspunkte für die Zulässigkeit eines Instanzenzuges von Landesbehörden zu Bundesoberbehörden herleiten. Das Wort "Bundesoberbehörde" bringt lediglich den organisatorischen Unterschied dieser Verwaltungsstellen zu den obersten Bundesbehörden und den bundeseigenen Mittel- und Unterbehörden zum Ausdruck. Und das Attribut "selbständig" besagt nichts weiter, als daß die Bundesoberbehörde nicht "im Auftrage", nicht als eine Zweigstelle oder ein Anhängsel eines Bundesministeriums, sondern in eigener Zuständigkeit tätig zu werden hat ²⁸⁾, ohne dabei aber allein deswegen gegenüber den Landesbehörden mehr Kompetenzen besitzen zu können, als den entsprechenden obersten Bundesbehörden zustehen können.

Aber nicht nur den Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG, sondern auch den Aufsichts- einschließlich den Weisungsbefugnissen des Bundes kann man entgegen der Ansicht von Maunz ²⁹⁾ nicht die Berechtigung zur Errichtung eines förmlichen Rechtsmittelzuges von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes entnehmen. Denn

27) vgl. auch Kratzer, DÖV 1950 S. 530, 532, Herrfahrdt in BK Art. 87 Erl. II 4, BR in BT-Drucks. Nr. II/1447 S. 3 Nr. 7.

28) Kratzer, DÖV 1950 S. 530/531, Schäfer, DÖV 1958 S. 246.

29) Staatsrecht S. 195, unter 5b bb, S. 197, unter 6; so - in Widerspruch zu Gesetzgebung S. 266 - auch in den früheren Auflagen.

die Art. 84 Abs. 3 bis 5 und 85 Abs. 3 und 4 GG gewähren dem Bund nur solche Einflußrechte auf die Verwaltungstätigkeit der Länder, deren unmittelbare rechtliche Auswirkungen lediglich interner Natur sind. Da eine implizierte Befugnis nicht weiter gehen kann als die ausdrücklich genannte, können diese Bestimmungen schon deshalb einen unmittelbar extern wirkenden verwaltungsmäßigen Rechtsmittelzug nicht einschließen 30) 31).

Außer im Bereich der Aufsichts- und Weisungsrechte des Bundes hält Maunz "Beschwerde- oder sonstige Rechtsmittelwege von Landesverwaltungsbehörden zu Bundesverwaltungsbehörden" auch für zulässig "auf Gebieten, in denen der Bund bundeseigene Verwaltungen errichten kann" 32). Er scheint demnach anzunehmen, daß der Bund über seine eigenen Verwaltungskompetenzen schlechthin verfügungsberechtigt ist. Versteht man Maunz richtig, so kann der Bund im Wege der Selbstbeschränkung an Stelle einer an sich zu praktizierenden ausschließlich bundeseigenen Verwaltung die dabei von jeder externen Verwaltungstätigkeit ausgeschlossenen Länder für (erstinstanzlich) extern zuständig erklären, sich selbst dafür aber das Recht vorbehalten, über die in diesen Fällen von den Ländern getroffenen Maßnahmen in einem förmlichen, eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung entfaltenden

30) vgl. auch BVerwGE Bd. 4 S. 26 (Ziff. 6a), S. 27 (Ziff. 6c), Wessel, a.a.O. S. 327/328, 329, Kratzer, DÖV 1950 S. 534, von Mangoldt, Art. 85 Erl. 4 S. 462, Köttgen, DÖV 1955 S. 488, 489, 491, Ringe a.a.O. S. 676.

31) Die Praxis des ebenfalls bundesstaatlich gegliederten Kaiserreiches hatte zwar aus dem Aufsichtsrecht des Reiches (Art. 4 aRV) einen durchgehenden Rechtsmittelzug entwickelt (Triepel, Reichsaufsicht S. 309). Gegen seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit hat jedoch Triepel, ausgehend von den ursprünglichen Absichten, dem Wortlaut und dem Sinn der Verfassung und ihres Aufsichtsrechts erhebliche Bedenken angemeldet (Reichsaufsicht S. 298, 309, 311).

32) Gesetzgebung S. 266.

Beschwerdeverfahren zu entscheiden.³³⁾

Gegen diese Ansicht spricht zunächst, daß auch durch eine solche teilweise Selbstbeschränkung des Bundes zugunsten einer Kompetenzerweiterung der Länder eine oben schon als schlechthin unzulässig erkannte horizontale Vollzugsaufspaltung zwischen Bund und Ländern herbeigeführt würde.

Aber auch aus anderen Gründen kann diese Auffassung von der Zulässigkeit derartiger Kompetenzverschiebungen nicht durchschlagen: alle externen Zuständigkeiten und internen Befugnisse des Bundes und der Länder sind ein untrennbarer Teil der Staatsgewalt, der Hoheitsrechte. Hoheitsrechte sind jedoch grundsätzlich nicht verzichtbar und nicht übertragbar, und zwar weder für den Bund noch für die Länder³⁴⁾. Die Art. 30, 83 und 79 Abs. 1

33) Der umgekehrte Weg einer Selbstbeschränkung der Länder zugunsten eines Beschwerdeentscheidungsrechts oder einer anderen Erweiterung externer oder interner Kompetenzen des Bundes ist im Rahmen der Bundesgesetzgebung schon deswegen nicht möglich, weil eine solche Selbstbeschränkung, wenn überhaupt, so nur durch die entsprechenden verfassungsmäßigen Organe der Länder vorgenommen werden könnte. Diese sind aber als solche an der Bundesgesetzgebung nicht beteiligt. Ihre Entscheidung kann auch nicht durch eine einstimmige Zustimmung des Bundesrates ersetzt werden, da der BR ein Bundesorgan ist und seine Beschlüsse daher nicht Beschlüsse der Länder als solcher sind (vgl. Gerner a.a.O. S. 194, Sten.Ber. über die 136. BR-Sitzung, S. 33 C, Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 17, Art. 50 Randnr. 1). - Und gegen eine Selbstbeschränkung der Länder durch landeseigene Maßnahmen (z.B. Gesetze, allgemeine Verwaltungsvorschriften) sprechen die nachfolgend S. 41 ff und unten S. 77 f gebrachten Gründe.

34) Argumentum aus Art. 24, 87 b Abs. 2, 89 Abs. 2, 90 Abs. 3, 120a GG; vgl. ferner BVerfGE Bd. 1 S. 18, Leitsatz Nr. 30, und S. 35, Hamann, Art. 30 Erl. C 2, Geiger, a.a.O. S. 303, Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 17, Triepel, Delegation S. 38; vgl. auch Scupin in BK Art. 50 Erl. II 1, ferner oben S. 23 und unten S. 77 f. Teilweise a.A. auch Gerner, a.a.O. S. 194, Fülllein, a.a.O. S. 4.

S. 1 GG kann man nur so verstehen, daß alle verfassungsmäßigen Rechte nur von ihren im Grundgesetz ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Trägern ausgeübt werden dürfen und auszuüben sind und jede Änderung der in der Verfassung vorgenommenen Kompetenzverteilung und der damit zusammenhängenden Regelung der Verantwortlichkeiten für die Bundes- und die Landeslegislative wie -exekutive nur auf Grund einer - lediglich ausnahmsweise gegebenen - verfassungsrechtlichen Autorisierung oder einer Verfassungsänderung möglich ist.

Die Beurteilung der Rechtslage kann nicht anders lauten, wenn man berücksichtigt, daß der Bundesgesetzgeber eine von ihm durch ein einfaches Gesetz ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung vorgenommene Delegation von Kompetenzen des Bundes auf die Länder jederzeit durch ein neues Gesetz wieder rückgängig machen könnte ³⁵⁾, der Bund sich also hier nicht unbedingt und endgültig seiner Rechte begeben hätte. Denn dies ändert nichts an der Tatsache, daß bis dahin die von der Verfassung dem Deleganten verliehene Kompetenz nicht mehr diesem, sondern dem Delegatar zusteht und es sich deswegen auch hier um eine grundsätzlich unzulässige Delegation handelt ³⁶⁾.

Die aufgezeigte Rechtslage kann auch nicht durch argumenta a maiore ad minus Ausnahmen zugunsten einer Kompetenzerweiterung der Länder auf Kosten des Bundes erfahren, obwohl "das Grundgesetz ... von der Reaktion auf die unmitttelbare (auch einheitsstaatliche) Vergangenheit lebt" ³⁷⁾ und eine betont föderative Konzeption besitzt. Denn mag auch eine Änderung der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung verfassungspolitisch u.U. ein minus bedeuten, so bewirkt sie verfassungsrechtlich doch immer ein aliud. Außerdem ist die Verteilung der Kompetenzen nicht ausschließlich

35) Die Schwierigkeiten, die sich dabei durch die Beteiligung des BR am Gesetzgebungsverfahren ergeben können, sollen hier außer Betracht bleiben.

36) vgl. auch Triepel, Delegation S. 51/52.

37) Weber, a.a.O. S. 36.

zum Schutz der Länder vor dem Bund im Grundgesetz so eingehend geregelt worden ³⁸⁾, sondern zumindest genauso wesentlich auch zum Schutz der Bürger und ihrer in der Verfassung garantierten Freiheiten vor dem Staat schlechthin, sei es nun der Zentralstaat oder die Gliedstaaten; zu einem Schutz, den man am besten auch durch eine auf allen drei Bereichen staatlicher Tätigkeit vorgenommene, in ihren Gewichten wohlabgewogene Machtverteilung zwischen Bund und Ländern gewährleistet glaubte ³⁹⁾.

Die durchgreifenden Bedenken, die sich aus dieser verfassungsrechtlichen Lage gegen einen förmlichen zum Bund führenden nichtgerichtlichen Rechtsmittelzug ergeben und die, soweit überhaupt, vor allem vom Bundesrat ⁴⁰⁾ vorgebracht worden sind, hat die Bundesregierung gelegentlich dadurch zu zerstreuen versucht, daß sie in einigen Fällen vorgeschlagen hat, die entscheidungsbefugten Landesstellen und die Bundesbeschwerdestellen als sachlichweisungsfreie Ausschüsse, als "quasijustitielle" Instanzen zu errichten ⁴¹⁾. Sie hielt die sonst erhobenen Bedenken hier deswegen keinesfalls mehr für durchschlagend, weil nach ihrer Ansicht "für kollegiale Entscheidungen, die in einem gerichtsähnlichen Verfahren ergehen, ... die Grundsätze für das gerichtliche Verfahren, die einen Instanzenzug von Landes- zu Bundesgerichten zulassen, herangezogen werden" können ⁴²⁾.

38) In diesem Falle könnte man nämlich an eine Verfügungsmöglichkeit vor allem des Bundes über seine, aber möglicherweise auch der Länder über ihre Kompetenzen denken.

39) vgl. auch BVerfG in Bd. 3 S. 247, Bd. 7 S. 188 und NJW 1959 S. 1171 unter II 1 a, von Lex, BVBl. 1959 S. 134, ferner oben S.18.

40) vgl. unten S.46 Anm. 50.

41) a) BT-Drucks. Nr. I/1101, Begründung zu § 8, S. 14, und Stellungnahme S. 34 i.V.m. Änderungsvorschlag Nr. 12 des BR, S. 28,
b) BT-Drucks. Nr. II/76, §§ 2 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 12 Abs. 1, 14 Abs. 1.

42) BT-Drucks. Nr. II/76, S. 19 Vorbemerkung, im Ergebnis ebenso Föflein, a.a.O. S. 1.

Nach dem in Art. 20 GG festgelegten unabänderlichen (Art. 79 Abs. 3 GG) Grundsatz der Dreiteilung der Gewalten kann es zwischen Verwaltung und Rechtsprechung keinen eigenständigen Zwischenbereich mehr geben ⁴³⁾. Dies um so weniger, als "nach der in Deutschland herkömmlichen Auffassung der Gewaltentrennung" "aus Gründen politischer Zweckmäßigkeit oder wegen eines sachlichen Zusammenhangs" den einzelnen Gewaltenträgern in begrenztem Umfang auch Aufgaben obliegen, die materiell einer anderen Gewalt zugehören ⁴⁴⁾. Der Ausdruck "quasijustitiell" ist daher irreführend. Die Tätigkeit der Landesstellen und der Bundesbeschwerdestellen kann nur Verwaltung oder Rechtsprechung sein.

Nach dem Grundgesetz (Art. 92 GG) wird die Rechtsprechung durch die Gerichte ausgeübt. Sie unterscheiden sich von der Verwaltung vor allem dadurch, daß sie besondere, von der Exekutive getrennte Institutionen, ihre Mitglieder in Ausübung ihrer Funktionen unbeteiligt und sachlich und persönlich unabhängig (Art. 97 GG) sind und deren Tätigkeit das Merkmal der abschließenden, endgültigen Klarstellung oder Streitbeseitigung und nicht nur der potentiellen Verbindlichkeit anhaftet ⁴⁵⁾. Die sachliche Weisungsfreiheit allein nimmt also einer staatlichen Betätigung noch nicht den Charakter der Verwaltungstätigkeit und ordnet sie noch nicht dem Bereich der Rechtsprechung zu ⁴⁶⁾.

43) BVerwG in Bd. 2 S. 26 und DVBl. 1959 S. 66.

44) Maunz, Staatsrecht S. 202, Wolff, a.a.O. S. 57, vgl. auch BVerfG in Bd. 3 S. 247, Bd. 7 S. 188 und NJW 1959 S. 1171, BVerwG in DVBl. 1959 S. 741.

45) vgl. zum Ganzen BVerfG in JZ 1956 S. 164 mit Anm. von Kern, BVerwG in DVBl. 1959 S. 742, Menger, System S. 36 bis 49, Verw.Arch. Bd. 49 S. 179, Wolff, a.a.O. S. 69.

46) BVerwG in Bd. 2 S. 25 ff und DVBl. 1959 S. 66, LVG Rheinland-Pfalz in DVBl. 1953 S. 79 mit Anm. von Schneider = NJW 1953 S. 317 mit Anm. von Bachof, Loening, a.a.O. S. 173 ff, Dshlgrün, a.a.O. S. 231.

Erfüllen die Landesstellen und die Bundesbeschwerdestellen die Anforderungen, die an Organe der Dritten Gewalt zu stellen sind, und ist ihre Tätigkeit daher dem Bereich der Rechtsprechung zuzurechnen ⁴⁷⁾, so kann ihr Tätigwerden keine Mischverwaltung bedeuten. Gehört ihre Tätigkeit jedoch dem Bereich der Verwaltung an, so kann sich allein durch die sachliche Weisungsfreiheit nichts daran ändern, daß es sich auch hier um eine unzulässige Form der Mischverwaltung handelt.

Daß die Tätigkeit der Landesstellen und der Bundesbeschwerdestellen nach der ihnen in den Gesetzentwürfen zugedachten Ausgestaltung nach den Art. 83 ff GG zu beurteilen gewesen wäre, hat auch die Bundesregierung nicht bestritten. Denn schon in den Regierungsentwürfen war vorgesehen, daß gegen die Entscheidungen der Bundesbeschwerdestellen wegen Art. 19 Abs. 4 GG der Verwaltungsrechtsweg offenstehen sollte, weil sie ihrem Wesen nach Verwaltungsakte und nicht Akte der Rechtsprechung seien ⁴⁸⁾. - Im Grunde waren es auch weniger rechtliche als mehr sachlich-praktische Gesichtspunkte, mit denen die Bundesregierung hier wie auch sonst für einen durchgehenden Beschwerdezug eingetreten ist ⁴⁹⁾.

Ein unmittelbar nach außen wirkender Rechtsmittelzug von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes erweist sich daher in jedem Fall als verfassungswidrig. Nach den im Grundgesetz vorgesehenen Ver-

47) Unberücksichtigt soll dabei bleiben, daß nach der organisatorischen Regelung der Gerichtsbarkeit des Bundes im IX. Abschnitt des GG der Bund nur durch die dort ausdrücklich vorgesehenen Bundesgerichte Rechtsprechung ausüben darf.

48) BT-Drucksachen Nr. II/76, S. 9 zu § 9, und I/1101 S. 16 zu § 21.

49) BT-Drucksachen Nr. I/1101, S. 14 zu § 8, II/76, S. 9 zu § 7, S. 11 zu § 14, S. 19 Vorbemerkung, ferner I/2388, S. 9 zu § 9, I/3430, S. 34 zu § 26.

waltungsformen kann und muß eine und dieselbe Angelegenheit mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung immer nur von den Ländern oder dem Bund verwaltschaftsmäßig abschließend bearbeitet werden. Demgegenüber wären dafür bei einem förmlichen Beschwerdezug die Länder und der Bund in horizontaler Aufteilung, in einem zeitlichen Nacheinander zuständig. Eine solche grundlegende Änderung des externen Verwaltungsablaufes kann nicht mehr als die Einführung einer noch immanenten Abart der verfassungsgegebenen Verwaltungsformen angesehen werden, sondern wäre nur durch eine Verfassungsänderung möglich. Zu Recht hat sich daher der Bundesrat in allen Fällen dagegen gewandt, durch ein einfaches Gesetz einen von den Ländern zum Bund durchgehenden nichtgerichtlichen Rechtsmittelzug zu eröffnen ⁵⁰⁾. Das hat denn auch im Laufe der Beratungen - zum Teil allerdings erst nach Anrufung des Vermittlungsausschusses - dazu geführt, daß keine dieser in den verschiedenen Entwürfen vorgesehenen Regelungen Gesetz geworden ist ⁵¹⁾.

Genau wie der Bundesrat lehnen auch Wessel ⁵²⁾, Kratzer ⁵³⁾, Rohwer-Kahlmann ⁵⁴⁾, Köttgen ⁵⁵⁾,

-
- 50) a) BT-Drucks. Nr. I/3747,
b) BT-Drucks. Nr. I/2388, S. 12 Einleitung,
c) BT-Drucks. Nr. I/3430, S. 42 Nr. 65,
d) BT-Drucks. Nr. II/76, S. 15 Nr. 3 i.V.m. Nr. 7 und 13,
e) Sten.Ber. über die 142. BR-Sitzung, S. 151 C/D, BT-Drucks. Nr. II/1447, S. 3 Nr. 7.
- 51) vgl. a) Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9.6.1953 (BGBl. I S. 377),
b) Gesetz zur Förderung des Bergarbeiterwohnbaues im Kohlenbergbau vom 23.10.1951 (BGBl. I S. 865),
c) Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389),
d) Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung vom 6.8.1955 (BGBl. I S. 501),
e) Gesetz über Kassenarztrecht vom 17.8.1955 (BGBl. I S. 513).
- 52) s.a.O. S. 327, 329.
53) DÖV 1950 S. 534.
54) AÖR 79. Bd. S. 223.
55) DÖV 1955 S. 488.

Gerner 56), Hamann 57), Scheuner 58) und Dreher 59) diese Mischverwaltungsform schlechthin als verfassungswidrig ab.

Die in der unbedingt verneinenden Haltung zum Ausdruck kommende Auslegung des Grundgesetzes findet ihre Bestätigung in seiner Entstehungsgeschichte. Schon in dem Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung des Parlamentarischen Rates war man der Ansicht, daß die Möglichkeit zur Errichtung eines nichtgerichtlichen Rechtsmittelzuges von den Ländern zum Bund bei der der Bundesrepublik Deutschland zgedachten staatsrechtlichen Struktur und der dabei vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung nur durch eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung eröffnet werden könne. Ein Antrag, daß "die Bundesregierung und ... die einzelnen Bundesminister in besonderen, durch Gesetz geregelten Fällen letzte Beschwerdeinstanz sein" könnten, wurde jedoch abgelehnt 60).

Die verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte, die gegen die Zulässigkeit eines durchgehenden verwaltungsmäßigen Rechtsmittelzuges sprechen, haben genauso Geltung, wenn einer Bundesbehörde das Recht eingeräumt wird, von sich aus Verwaltungsakte der Landesbehörden aufzuheben. Denn in beiden Fällen greift eine Bundesbehörde gleichermaßen mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung in den Bereich der Landesverwaltung ein und verletzt damit die verfassungsmäßige Ordnung 61). Der einzige Unterschied

56) a.a.O. S. 194.

57) Art. 83 Erl. C 3.

58) a.a.O. S. 1473 D/1474 A.

59) a.a.O. S. 139.

60) Sten.Ber. über die 21. Sitzung vom 7.12.1948 S. 2.

61) Zu der Bedeutung dieses Begriffes im Rahmen dieser Untersuchung vgl. von Mangoldt-Klein, Art. 20 Erl. VI 4 e.

besteht nur darin, daß die Bundesbehörde das eine Mal nur auf Antrag und das andere Mal von Amts wegen tätig wird. Zu Recht hält daher das Bundesverwaltungsgericht § 4 S. 1 des Preisgesetzes vom 10.4.1948⁶²⁾ für verfassungswidrig⁶³⁾.

Wenn, wie erwähnt⁶⁴⁾, die Aufsichts-(und Weisungs-) Rechte der Art. 84 und 85 GG auch keinen extern wirkenden Rechtsmittelzug von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes einschließen, so kann über diese Befugnisse doch vielfach derselbe praktische Erfolg erzielt werden wie durch ein förmliches Rechtsmittelverfahren. Denn es bestehen keine Bedenken, im Wege der nur sachlichen Aufsichtsbeschwerde Verwaltungsentscheidungen der Länder vor die obersten Bundesbehörden zu bringen, auf daß diese im Rahmen und unter den Voraussetzungen der Art. 84 Abs. 5 und 85 Abs. 3 GG durch Einzelweisungen von dem betreffenden Land eine Abänderung oder Aufhebung des von ihm erlassenen "angefochtenen" Verwaltungsaktes verlangen⁶⁵⁾.

62) WiGBI. S. 27, mehrfach verlängert, zuletzt durch Gesetz vom 29.3.1951 (BGBl. I S. 223).

63) Bd. 4 S. 26 (Ziff. 6a), S. 27 (Ziff. 6c), S. 29 (Ziff. 8). Das Bundesverfassungsgericht (Bd. 8 S. 300) hat diese ihm vom Bundesverwaltungsgericht (a.a.O.) vorgelegte Frage unentschieden gelassen.

64) oben S. 39/40.

65) Wessel, a.a.O. S. 328, 329, von Mangoldt, Art. 84 Erl. 5 S. 459, Art. 85 Erl. 4 S. 462, BVerwGE Bd. 4 S. 26 (Ziff. 6a).

III.

Eine weitere Form der Mischverwaltung liegt vor, wenn der Zentralstaat den Gliedstaaten Weisungen erteilen kann, ihm also die Befugnis eingeräumt ist, durch nur intern wirkende, selbst keine rechtliche Außenwirkung entfaltende Befehle die Verwaltungstätigkeit der Länder zu steuern.

Trotz seines föderativen Charakters kennt das Grundgesetz in nicht gerade spärlichem Ausmaß expressiv verbis solche Weisungsrechte des Bundes ¹⁾. Jedoch werfen diese Fälle einer Mischverwaltung hier keine Probleme auf, da sie durch die Verfassung ausdrücklich institutionalisiert sind. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang nur, ob das Grundgesetz dem Bund die Möglichkeit gibt, außer in den Fällen der Art. 84 und 85 GG und den Sonderfällen der Art. 37, 91 und 119 GG auch sonst noch den Ländern Weisungen zu erteilen.

Der aRV waren solche Weisungsbefugnisse des Reiches nicht ausdrücklich bekannt. Jedoch wurde damals in steigendem Umfang die Berechtigung des Zentralstaates, den Landesbehörden Weisungen zu erteilen, aus dem Institut der Reichsaufsicht abgeleitet ²⁾. Nach Triepel war "in der Gewährung eines Aufsichtsrechts an die Staatsgewalt die 'stillschweigende' Gewährung der Befugnis enthalten, Rechtsätze über die Organisation und Handhabung der Aufsicht zu schaffen" ³⁾. Diese Auffassung mag für die damalige verfassungsrechtliche Situation uneingeschränkt zugetroffen haben, da die aRV keine entsprechenden Einzelregelungen enthielt. All dies wird auch ein Grund dafür gewesen sein, daß nach Triepels Bericht über "Wandelungen

-
- 1) Art. 37 Abs. 2, 84 Abs. 5, 85 Abs. 3 (i.V.m. Art. 87 b Abs. 2, 89 Abs. 2, 90 Abs. 2, 108 Abs. 1, 2 und 4, 120 a), 91 Abs. 2, 119 GG.
2) Triepel, Reichsaufsicht S. 308.
3) Reichsaufsicht S. 132.

und Übergänge" die Grenze zwischen einer präventiven oder repressiven Reichsaufsicht einerseits und einer eigentlichen unmittelbaren Verwaltungsführung des Reiches andererseits außerordentlich flüssig war ⁴⁾. Ein Zustand, der dann durch Art. 14 und 15 WRV ausdrücklich sanktioniert und noch ausgebaut wurde.

Auch in den Weisungsrechten der Art. 84 und 85 GG hatten ein Mittel der Bundesaufsicht zu sehen ⁵⁾. In Art. 84 Abs. 5 und 85 Abs. 3 GG sind jedoch nicht nur die einzelnen Weisungsrechte als solche, sondern auch ihr Charakter, ihr Umfang, ihr Anwendungsbereich und die Art ihrer Ausübung genau bestimmt. Deshalb enthalten diese Verfassungsnormen für den Bereich der Art. 83 ff GG, wenn nicht überhaupt, so doch zumindest insofern eine abschließende Regelung der Befugnisse des Bundes zu einer bindend-befehlenden Einflußnahme auf die Verwaltungstätigkeit der Länder, als sich aus keiner anderen Einzelbestimmung des VIII. Abschnittes des Grundgesetzes und insbesondere nicht einfach aus dem Institut der Bundesaufsicht weitere, nicht ausdrücklich genannte Weisungsrechte herleiten lassen ^{6) 7)}. Und da verfassungsgegebene Zuständigkeiten grundsätzlich

4) Reichsaufsicht S. 296 ff, 312, 320, 326, 328.

5) Schäfer, AöR 79. Bd. S. 22, 24, von Mangoldt-Klein, Art. 37 Erl. II 3, Hamann, Art. 84 Erl. C 9, Art. 85 Erl. A/B, Maunz, Gesetzgebung S. 266, Staatsrecht S. 195. Demgegenüber mißt ihnen Köttgen (DÖV 1955 S. 488, 489) als "administrativen Mitwirkungsrechten" einen eigenständigen Wert "neben einer rein kontrollierenden Bundesaufsicht" bei, ebenso Weber, a.a.O. S. 83. Unklar von Mangoldt, Vorbem. vor Art. 83 S. 445, und Reetz, a.a.O. S. 224 ff.

6) vgl. von Mangoldt, Vorbem. 2 vor Art. 83 S. 445 unten, Herrfahrdt, BK Erl. zu Abschnitt VIII, Gerner, a.a.O. S. 193, 195, Maunz, Gesetzgebung S. 266, jedoch unscharf.

7) Bei der Auftragsverwaltung wäre eine solche Möglichkeit ohne Bedeutung, da der Bund dort sowieso schon ein generelles Weisungsrecht besitzt (Art. 85 Abs. 3 GG).

nicht verzichtbar und nicht übertragbar sind ⁸⁾, müssen auch alle Überlegungen ausscheiden, im Wege einer Selbstbeschränkung des Bundes an Stelle einer an sich zu praktizierenden ausschließlich bundeseigenen Verwaltung die dabei von jeder externen Verwaltungstätigkeit ausgeschlossenen Länder für extern zuständig zu erklären, dafür jedoch dem Bund weitere Weisungsrechte einzuräumen.

Aus diesen Gründen und da die Weisungsrechte der Art. 84 und 85 GG nur der Bundesregierung oder den obersten Bundesbehörden zustehen und im Bereich der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung des Art. 87 GG auch nicht aus anderen Gründen eine Überordnung des Bundes über die Länder ohne weiteres zulässig ist ⁹⁾, ist es von Verfassungs wegen auch ausgeschlossen, daß den selbständigen Bundesoberbehörden und den bundesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten Weisungsrechte gegenüber den Landesbehörden oder den landesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten ipso iure zustehen oder - unbeschadet der Art. 87 b Abs. 2 und 120 a GG - nachträglich eingeräumt werden können ¹⁰⁾.

Mit dieser Beurteilung der verfassungsrechtlichen Lage deckt sich im wesentlichen auch die Auffassung der Bundesregierung. Darüber hinaus ist sie jedoch der Ansicht, daß es nach dem Grundgesetz neben den nur beschränkt zugelassenen rein verwaltungsmäßigen Weisungsrechten des Art. 84 GG auch noch sog. haushaltsrechtliche Weisungsbefugnisse des Bundes gegenüber den Ländern

8) vgl. oben S. 41 ff und S. 41 Anm. 33.

9) vgl. oben S. 37 ff.

10) Kratzer, DÖV 1950 S. 535, Böhm, a.a.O. S. 747, Starke, a.a.O. S. 104, Gerner, a.a.O. S. 195, Herrfahrdt in BK Art. 87 Erl. II 4, Peters, Gutachten S. 4, Schneider, AöR 83. Bd. S. 6; vgl. auch Köttgen, DÖV 1955 S. 491, 492.

gebe ¹¹⁾. Diese sollen sich nicht wie jene auf den materiellen Gesetzesvollzug als solchen erstrecken, sondern sich auf seine finanziellen Folgen, soweit sie den Bundeshaushalt treffen, beschränken und deshalb nicht dem Art. 84 Abs. 5 GG widersprechen. Nach Meinung der Bundesregierung stehen ihr diese haushaltsrechtlichen Weisungsbefugnisse kraft der Verfassung dann zu, wenn die Länder zwar Bundesgesetze als eigene Angelegenheit auszuführen (Art. 84 GG), die dabei anfallenden Ausgaben jedoch nicht mit eigenen Mitteln zu begleichen haben, vielmehr nach Art. 120 GG der Bund dafür finanziell einzustehen hat. Da die Länder in diesen Fällen die Ausgaben unmittelbar für Rechnung des Bundes leisten, deckt sich hier die Pflicht zur Aufbringung und Bereitstellung der Ausgabemittel nicht mit der Verwaltungskompetenz. So war denn in den von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfen eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung ¹²⁾ und eines Gesetzes zur Anpassung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern an die Finanzverfassung (Finanzenpassungsgesetz) ¹³⁾ vorgesehen, daß die obersten Landesbehörden bei der Ausführung dieser Gesetze hinsichtlich der wirtschaftlichen Verwaltung der Bundesmittel schlechthin an die Weisungen der obersten Bundesbehörden gebunden sein sollten.

Nach Ansicht der Bundesregierung ergeben sich die haushaltsrechtlichen Weisungsbefugnisse, die von ihr ausdrücklich nicht auf Art. 84 Abs. 5 GG gestützt werden und sich wegen ihres generellen Charakters auch nicht darauf stützen ließen, im einzelnen aus

11) vgl. oben S. 50 Anm. 7, ferner unten S. 53 Anm. 14.

12) BT-Drucks. Nr. I/4430 = II/68: § 47.

13) BT-Drucks. Nr. II/480 Anl. II: § 4 Abs. 1 Ziff. 4.

- a) der Finanzverantwortung des Bundes (Art. 120 GG),
- b) der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Bundesregierung für den Haushalt (Art. 65 S. 2, 110, 112 und 114 Abs. 1 GG) und
- c) der Etatisierung der Mittel für die vom Bund zu tragenden Lasten im Bundeshaushalt (Art. 109 GG)¹⁴⁾.

Die Auffassung der Bundesregierung von dem Charakter der haushaltsrechtlichen Weisungsbefugnisse, der sich der Bundestagsabgeordnete Gülich¹⁵⁾, ferner Krause¹⁶⁾ und wohl auch Köttgen¹⁷⁾ angeschlossen haben, ist irreführend, da sie untrennbar zusammenhängende Dinge isoliert betrachtet wissen will. Es ist unmöglich, daß sich eine Einflußnahme des Bundes durch haushaltsrechtliche Weisungen lediglich auf die finanziellen Folgen des materiellen Gesetzesvollzuges der Länder beschränken kann und sich nicht auch auf diesen selbst erstreckt. Solche Weisungen können nämlich nur dort einen Sinn und ihren Platz haben, wo es noch möglich ist, das den Ländern bei der Gesetzesausführung zustehende Ermessen zu steuern. Sie haben ihren Sinn verloren, wenn sie erst dann erteilt werden, wenn die Länder in rechtmäßiger Anwendung der Bundesgesetze Ansprüche und Zahlungsverpflichtungen anerkannt haben und nur noch die Auszahlung der Beträge aussteht. Denn die rechtmäßig getroffenen Einzelentscheidungen der Länder lösen nach Art. 120 GG automatisch die Verpflichtung des Bundes aus, die finanziellen Folgen

14) vgl. zum Ganzen im einzelnen BT-Drucksachen Nr. II/68, S. 14 zu § 47, S. 22 f zu Nr. 20, und II/480, S. 43 Nr. 54, S. 51 (53) Nr. 67, S. 121 Nr. 186, S. 232 f Buchst. d.

15) Sten.Ber. über die 55. BT-Sitzung der 2. Wahlperiode, S. 2667.

16) a.a.O. S. 280.

17) DÖV 1955 S. 490.

dieser Entscheidungen unbesehen auf sich zu nehmen¹⁸⁾. Soweit daher ein Gesetz die Gewährung finanzieller Leistungen vorsieht, macht ihre Zuerkennung (hier durch die Länder zu Lasten des Bundes) das Wesen des Gesetzesvollzuges aus, und gehört deshalb auch die Bewirtschaftung der dazu erforderlichen Mittel als ein davon untrennbarer Teil zu der materiellen Gesetzesausführung als solcher.

Aus diesen Gründen und weil die - den Ländern von der Bundesregierung auch im Bereich des Art. 120 GG ausdrücklich bestätigte¹⁹⁾ - sachliche Entscheidungsfreiheit unbedingt abhängig ist von der finanziellen Bewegungsfreiheit, würden auch die haushaltsrechtlichen Weisungsbefugnisse unumgänglich und unmittelbar die Verwaltungstätigkeit der Länder als solche erfassen und in die Funktionen der Landesverwaltung und die administrative Selbständigkeit der Länder eingreifen²⁰⁾. Im Ergebnis würde es sich daher bei den sog. haushaltsrechtlichen Weisungsbefugnissen um nichts anderes als um verwaltungsmäßige Weisungsrechte handeln, wie sie von Art. 84 Abs. 5 und 85 Abs. 3 GG her bekannt sind. Sie würden lediglich einen anderen Namen tragen und auf einen ganz bestimmten Bereich der Landesverwaltungstätigkeit beschränkt sein. Die verfassungsrecht-

-
- 18) ausdrücklich a.A. die Bundesregierung in BT-Drucksachen Nr. II/68, S. 22 zu Nr. 20, und II/480, S. 232/233 Buchst. d, gegenüber BT-Drucks. Nr. II/480, S. 51 Nr. 67, S. 121 Nr. 185.
19) BT-Drucksachen Nr. II/68, S. 22 zu Nr. 20, und II/480, S. 46 Nr. 59, S. 51 Nr. 67, S. 121 Nr. 185, S. 232/233 Buchst. d.
20) vgl. Bundesrat in BT-Drucks. Nr. II/1047, S. 8, Sten.Ber. über die 136. BR-Sitzung, S. 34 A/33 D; a.A. Bundesregierung, Gülich und Krause oben S. 53 Anmerkungen 14, 15 und 16.

liche Zulässigkeit über Art. 84 Abs. 5 GG hinausgehender Weisungsrechte bei Ausgabenleistungen der Länder unmittelbar für Rechnung des Bundes ließe sich allenfalls aus den von der Bundesregierung aufgezeigten Gesichtspunkten der Finanzverantwortung, der Etatverantwortlichkeit und der Etatisierung ²¹⁾ oder durch eine entsprechende Auslegung des Art. 120 GG ("nach näherer Bestimmung eines Bundesgesetzes") rechtfertigen ²²⁾. Allerdings müßte man sich im letzteren Fall auf den Standpunkt stellen, daß Art. 120 GG nicht mehr darauf beschränkt ist, nur die Kostentragung zu regeln ²³⁾, sondern mit der Zeit eine darüber hinausgehende Bedeutung erlangt hat ²⁴⁾. Jedoch können diese Fragen hier

- 21) vgl. oben S. 53 Anm. 14; ferner Gülich, oben S. 53 Anm. 15, Fischer-Menshausen, DÖV 1955 S. 264, Krause, a.a.O. S. 280 f.
- 22) Die Zulässigkeit derartiger Weisungsrechte verneinen der Bundesrat (BT-Drucksachen Nr. II/68, S. 19 Nr. 20, II/1191 Nr. I 2, II/480, S. 199 zu § 4 Buchst. c, II/1047, S. 5 unter IV Ziff. 4, und S. 7/8, Sten.Ber. über die 136. BR-Sitzung, S. 34 A/33 C, D), der BT-Ausschuß für Kriegsopfer- und Heimkehrerfragen (BT-Drucks. Nr. II/1128, S. 3 zu § 47) und Gerner (a.a.O. S. 195). Bedenken hat auch die von dem Bundesminister der Finanzen eingesetzte Studienkommission (BT-Drucks. Nr. II/480, S. 152 unter A II).
- 23) so die Bundesregierung (BT-Drucks. Nr. II/480, S. 46 Nr. 59, S. 51 Nr. 67, S. 121 Nr. 185), der Bundesrat (BT-Drucks. Nr. II/1047, S. 8), Holtkotten (BK Art. 120 Erl. II 1 a, 1 b, 2 a), Fischer-Menshausen (DÖV 1952 S. 674, 1955 S. 264).
- 24) so Görg (DÖV 1955 S. 276), der es in diesem Zusammenhang sogar für zulässig hält, in Abweichung von Art. 83 GG durch ein einfaches Bundesgesetz "eine Auftragsverwaltung unter Beschränkung auf die wirtschaftliche Verausgabung der Bundesmittel" einzuführen; vgl. auch Köttgen, JÖR Bd. 3 S. 88 und DÖV 1955 S. 490 f.

nicht abschließend behandelt werden, da sie wegen ihrer umfangreichen, sich aus dem Bereich des Finanzwesens ergebenden Sonderproblematik über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen.

Zusammenfassend ist aber festzuhalten, daß das Grundgesetz nur eine Art von Weisungsrechten, nämlich die verwaltungsmäßigen Weisungsbefugnisse, kennt und daß die Rechte des Bundes, den Ländern Weisungen zu erteilen, für den Bereich der Art. 83 ff GG in den Art. 84 Abs. 5 und 85 Abs. 3 GG zumindest insoweit abschließend geregelt sind, als sich aus keiner anderen Einzelbestimmung des VIII. Abschnittes des Grundgesetzes weitere Weisungsrechte herleiten lassen.

IV.

Eine andere Mischverwaltungsform ist gegeben, wenn die Länder Verwaltungsmaßnahmen nur im Einvernehmen oder mit Zustimmung (Genehmigung) des Bundes oder nicht gegen seinen Einspruch (Widerspruch) treffen dürfen ¹⁾.

Man wird die Begriffe "Einvernehmen", "Zustimmung" und "Einspruch" einheitlich unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten behandeln können. Denn es dürfte kaum möglich sein, einen für diese Untersuchung wesentlichen systematischen Unterschied zwischen diesen Arten einer entscheidend mitbestimmenden Einschaltung des Bundes in die Verwaltungstätigkeit der Länder herauszuarbeiten. Gehen sie doch alle drei dem Landesverwaltungsakt voran und sind einander in ihrer Wirkung insofern gleich, als dieser nur bei ausdrücklicher Übereinstimmung der beteiligten Bundes- und Landesbehörden erlassen werden darf ²⁾.

Füßlein hält die Mischverwaltungsform des Einvernehmens einer Landes- mit einer Bundesbehörde einfach aus föderalistischen Erwägungen heraus dann für zulässig, "wenn der Gesetzgeber" wegen der Überregionalität einer Angelegenheit "vor der Frage steht, ob er Verwaltungszuständigkeit und Verantwortlichkeit von der Landes- auf eine Bundesbehörde verlagern will. Stett hier den überregionalen Akt einer Bundesbehörde vorzusehen, kann er es bei der Zuständigkeit des Landes belassen und sich damit begnügen, den Landesverwaltungs-

-
- 1) Zu der hier verwandten allgemein gebräuchlichen Terminologie sei bemerkt, daß aus den nachstehend gebrachten Gründen der hier behandelte Einspruch (Widerspruch) nicht mit dem Rechtsmittel des Einspruchs und Widerspruchs verwechselt werden darf.
 - 2) vgl. zum Ganzen Füßlein, a.a.O. S. 1, Groebe, a.a.O. S. 757 ff, insbesondere S. 761 unter III.

akt lediglich an die 'Zustimmung', das 'Einvernehmen' oder das 'Einspruchsrecht' einer Bundesbehörde zu knüpfen" 3).

Dieser Ansicht kann man nicht zustimmen. Der mehr verfassungspolitischen als verfassungsrechtlichen Argumentation von Föflein ist entgegenzuhalten, daß gegen eine solche teilweise Selbstbeschränkung des Bundes zugunsten einer Kompetenzerweiterung der Länder dieselben Gründe sprechen, die auch schon an anderer Stelle gegen sie vorgebracht worden sind 4). Die dortigen Ausführungen bedürfen im Hinblick auf die Auffassung Föfleins nur noch eines ergänzenden Hinweises: Anerkennt man die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines überregionalen Verwaltungsaktes 5), so ist die Bundesexekutive bei Vorliegen seiner Voraussetzungen genauso unbedingt und unverzichtbar zuständig, wie wenn ihr die Zuständigkeit durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesen worden wäre. Es besteht in diesen Fällen für den Gesetzgeber keine Möglichkeit zu wählen, ob er die Bundes- oder die Landesverwaltung extern tätig werden läßt. Andernfalls müßte man nämlich verneinen, daß in concreto die Voraussetzungen für den Erlass eines überregionalen Verwaltungsaktes vorliegen.

Auf einem anderen Gebiet als Föflein erachtet Schneider die hier behandelte Mischverwaltungsform für zulässig. Da nach seiner Ansicht das rechtliche Verhältnis der Bundesoberbehörden zu den entsprechenden Landesbehörden in weit größerem Umfang der

3) a.a.O. S. 3; im Ergebnis ebenso Forsthoff, Fragen S. 20.

4) vgl. oben S. 41 ff.

5) vgl. dazu Föflein, "Der überregionale Verwaltungsakt", DVBl. 1951 S. 33 ff, von Mangoldt, Art. 83 Erl. 2 S. 450, Hamann, Art. 83 Erl. C 2, Katzenstein, a.a.O. S. 601 f mit weiterem Nachweis.

freien Gestaltung durch den Bundesgesetzgeber zugänglich ist als das rechtliche Verhältnis der obersten Bundes- zu den Landesbehörden, hat er "keine durchschlagenden Bedenken dagegen, bestimmte Maßnahmen der Landesbehörden ... der Genehmigung durch diese (Bundesober-)Behörde zu unterwerfen" ⁶⁾. Wie schon dargelegt ⁷⁾, können jedoch dem Bund allein durch Art. 87 Abs. 3 GG und die Errichtung von Bundesoberbehörden keine über Art. 84 und 85 GG hinausgehenden, zusätzlichen Rechte erwachsen. Der Auffassung von Schneider kann man daher schon im Ausgangspunkt nicht folgen.

Es liegt nahe, eine Mischverwaltung in Form des Einvernehmens der Länder mit dem Bund einfach aus Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG heraus zuzulassen ⁸⁾. Beide Bestimmungen geben dem Bund ausdrücklich oder stillschweigend das Recht, dasungsverfahren der Länder zu regeln. Tatsächlich bedeutet auch ein Zustimmungsvorbehalt des Bundes einen Teil des von den Ländern zu beobachtenden Verwaltungsverfahrens ⁹⁾, da sie in den von vornherein umrissenen Fällen nicht ohne sein Einvernehmen, seine Zustimmung, nicht gegen seinen Einspruch nach außen tätig werden dürfen. Wenn demgegenüber an anderer Stelle ¹⁰⁾ ein Einvernehmenserfordernis als ein Mittel präventiver Bundesaufsicht bezeichnet wird, so brauchen sich diese beiden Auffassungen nicht zu widersprechen. Sie zeigen vielmehr, daß die Befugnisse des Bundes im Verwaltungsbereich der Länder innerlich weitgehend zusammenhängen und man deshalb die einzelnen Absätze der Art. 84

6) AÖR 83. Bd. S. 6.

7) oben S. 37 ff.

8) Gegen ihre Einführung durch die Länder sprechen die oben S. 41 Anm. 33 gebrachten Bedenken.

9) BVerfGE Bd. 1 S. 79, Haas, AÖR 80. Bd. S. 92, vgl. auch von Mangoldt, Art. 84 Erl. 2 S. 454, Wolff, s.a.O. S. 264.

10) BVerfGE Bd. 2 S. 370, Schäfer, AÖR 78. Bd. S. 22, 38.

und 85 GG und die in ihnen behandelten Rechte nicht nur für sich allein betrachten darf. Man muß sie auch im Zusammenhang des ganzen Artikels sehen und gleichzeitig das Wesen der beiden in den Art. 84 und 85 GG geregelten, teilweise voneinander verschiedenen Arten einer Landesverwaltung berücksichtigen.

Führen die Länder die Bundesgesetze "als eigene Angelegenheit" aus (Art. 83, 84 GG), so besteht nach dieser der aRV und der WRV noch unbekannten Terminologie die allgemein zu beachtende verfassungsrechtliche Pflicht, daß die Bundesgesetze von den Ländern grundsätzlich so auszuführen sind, wie wenn sie landeseigene Gesetze wären. Denn Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit kann nur besagen, daß ihr Vollzug unter weitgehender Wahrung der alleinigen Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Länder deren grundsätzlich selbständige und nicht nur extern, sondern auch intern-parlamentarisch eigenverantwortliche Angelegenheit ist und bleiben muß ¹¹⁾. - Daneben ist zu beachten, daß Art. 84 GG ein einheitliches Ganzes ist, dessen Einzelbestimmungen in einem untrennbaren Zusammenhang miteinander stehen.

Berücksichtigt man all dies, so ergibt sich, daß die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Verfahrensregelungen des Bundes, die - wie ein Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernis oder ein Einspruchsrecht - ihm gleichzeitig auch die Befugnis zu einer konkreten, entscheidend mitbestimmenden Einwirkung auf die materielle Verwaltungstätigkeit der Länder geben; nicht allein aus Art. 84 Abs. 1 GG hergeleitet werden kann. Denn

11) vgl. Schäfer, AöR 78. Bd. S. 39, von Mangoldt, Art. 84 Erl. 2 S. 452/453.

die Möglichkeiten des Bundes zu einer derartigen Einflußnahme sind in den Absätzen 3 bis 5 des Art. 84 GG gesondert und auch zumindest insoweit abschließend geregelt, als der VIII. Abschnitt des Grundgesetzes in Betracht kommt ¹²⁾.

In Art. 84 GG sind Einvernehmens-, Zustimmungs- oder Einspruchsrechte des Bundes nicht ausdrücklich erwähnt. Auch die sRV enthielt für den Fall der Ausführung der Reichsgesetze durch die einzelnen Bundesstaaten keine entsprechende besondere Regelung. Jedoch war im Kaiserreich die Zulässigkeit dieser Mischverwaltung genau wie die Berechtigung zur Weisungserteilung einfach aus dem zentralstaatlichen Aufsichtsrecht als solchem abgeleitet worden ¹³⁾. Dieser Auffassung und Praxis pflichtete dann Anschütz ¹⁴⁾ für die insoweit parallele Rechtslage der WRV bei.

Auch das Grundgesetz kennt ein Aufsichtsrecht des Oberstaates über die Gliedstaaten. Dennoch ist es bei der landeseigenen Verwaltung nicht möglich, dem Institut der Bundesaufsicht als solcher die Zulässigkeit eines zentralstaatlichen Zustimmungsvorbehaltes zu entnehmen. Die Bundesaufsicht ist hier - in Übereinstimmung mit dem Wesen der landeseigenen Verwaltung - sehr eingehend und restriktiv geregelt ¹⁵⁾ und

12) ebenso Gerner, a.a.O. S. 193, 194, Schäfer, AöR 78. Bd. S. 39.

13) Triepel, Reichsaufsicht S. 400, 624 ff mit Beispielen.

14) Handbuch I S.376.

15) vgl. auch Hamann, Art. 84 Erl. B und C 8 ff, von Mangoldt, Art. 84 Erl. 4, Reetz, a.a.O. S. 225, 226, Schäfer, AöR 78. Bd. S. 15/16, 22/23, 23/24, Zinn, a.a.O. S. 523.

gestattet nur insoweit eine präventive ¹⁶⁾, konkrete und entscheidend mitbestimmende Einflußnahme auf die Zweckmäßigkeit der Landesverwaltung, als sie von Art. 84 Abs. 5 GG gedeckt ist ¹⁷⁾. Da ein Einvernehmen mit dem Bund von den Ländern stets vor Erlaß ihrer eigenen Maßnahmen herbeizuführen wäre und ein Zustimmungserfordernis zumindest überwiegend nur in Fragen der Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung eingeführt werden würde, könnte diese Mischverwaltung daher im Bereich der landeseigenen Verwaltung nur dann zulässig sein, wenn sie den Weisungsrechten des Art. 84 Abs. 5 GG immanent wäre. Eine solche Implizierung kann aber nur vorliegen, wenn ein Zustimmungsrecht des Bundes nicht ein *maius* oder ein *aliud*, sondern ein *minus* gegenüber einem Weisungsrecht bedeutet.

-
- 16) Die Ansicht von Köttgen (DÖV 1955 S. 488, 489) und Weber (a.a.O. S. 83), daß das GG keine präventive, sondern nur eine repressive Bundesaufsicht kenne, findet in der Verfassung keine zwingende Stütze. Diese Auffassung beruht wohl u.a. darauf, daß Köttgen und Weber in den Weisungsrechten der Art. 84 und 85 GG nicht ein Mittel der Bundesaufsicht sehen (vgl. oben S. 50 mit Anm. 5). Ihnen gegenüber messen jedoch das BVerfG (Bd. 2 S. 370 am Beispiel des Art. 32 Abs. 3 GG; vgl. auch Geiger, a.a.O. S. 306/307), Herrfahrdt (Art. 84 Erl. II 4: "Die Verhütung ... von Mängeln", Art. 85 Erl. II 5), von Mangoldt-Klein (Art. 37 Erl. II 3) und Maunz (Staatsrecht S. 195: Dort versteht er alle dem Bund in Art. 84 GG eingeräumten Einwirkungsmöglichkeiten (Abs. 1 bis 5) als Befugnisse, "die Verwaltung der Länder zu beaufsichtigen"; demgegenüber ungenau S. 197: "Der Bund kann" bei der Auftragsverwaltung "sowohl die Gesetzmäßigkeit als auch die Zweckmäßigkeit der Landesmaßnahmen nachprüfen ...") der Bundesaufsicht zu Recht auch einen präventiven Charakter bei, da das GG nirgends erkennen lasse, daß die Aufsicht nur der Kontrolle und nicht auch der Prävention dienen solle.
- 17) vgl. auch Schäfer, AöR 78. Bd. S. 39, Maunz, Staatsrecht S. 195/196 unter 5 b aa und cc, von Mangoldt, Art. 84 Erl. 3 S. 455, Herrfahrdt, BK Art. 84 Erl. II 3.

Ohne Bedenken ¹⁸⁾ ordnet Köttgen Einvernehmens-,
Zustimmungs- und Einspruchsrechte des Bundes in die
Weisungsrechte des Art. 84 Abs. 5 GG ein ¹⁹⁾. Seiner
Auffassung haben sich Forsthoff ²⁰⁾, Hamann ²¹⁾
und Kratzer ²²⁾ vorbehaltlos angeschlossen.

Wenn die Länder bestimmte externe Maßnahmen nur mit
Zustimmung des Bundes treffen können, bedeutet das,
daß der Bund zwingend in die Entscheidung jedes
einzelnen dieser Fälle maßgeblich eingeschaltet ist.
Diese Einschaltung bedingt gleichzeitig, daß die Län-
der von sich aus dem Bund über jede einzelne dem
"Einvernehmenstatbestand" unterfallende Angelegen-
heit und die dabei beabsichtigte Maßnahme Bericht
erstatten müssen. Denn ohne eine solche Information
kann die hier stets erforderliche Zustimmung nicht
herbeigeführt und erteilt werden.

Es könnte zweifelhaft sein, ob die Länder nach Art.
84 Abs. 5 GG unmittelbar kraft der Verfassung ver-
pflichtet sind, die Bundesregierung in allen den Fäl-
len, in denen ihr ein Einzelweisungsrecht zusteht,

18) anders noch in JÖR Bd. 3 S. 86/87.

19) DÖV 1955 S. 488 f. Als Begründung führt er an,
die Weisungsrechte verstünden sich nicht im
technischen Sinn, sondern in dem summarischen
Sinn des "Einflußrechts", dessen technische Aus-
gestaltung Sache des Bundesgesetzgebers sei.
Sollte er damit etwas anderes meinen, als daß
den Weisungsrechten noch andere Einflußrechte
immanent sein können, wäre seiner Auffassung
entgegenzuhalten, daß es sich bei dem Ausdruck
"Weisung" um einen im Verfassungs- und Verwal-
tungsrecht fest umrissenen Begriff mit eindeu-
tigem Inhalt handelt, den man deshalb möglicher-
weise nur noch dahin auslegen kann, daß er für
eine Einflußnahme die obere Grenze bildet, die
zwar nicht überschritten werden darf, aber auch
nicht unbedingt erreicht werden muß.

20) Fragen S. 20.

21) Art. 83 Erl. C 3.

22) BVBl. 1958 S. 75.

in demselben Umfang in die Bearbeitung der einzelnen Angelegenheiten einzuschalten, wie es ein Zustimmungsvorbehalt des Bundes für sie mit sich brächte. Der Gesetzgeber kann der Bundesregierung nur dann in Übereinstimmung mit der Verfassung und dem Wesen der landeseigenen Verwaltung nach Art. 84 Abs. 5 GG Einzelweisungsrechte verleihen, wenn er sich dabei auf die Fälle beschränkt, in denen durch die Landesverwaltung wesentliche Bundesbelange so erheblich berührt werden, daß der Bund ihre volle Berücksichtigung bei den Ländern jederzeit durchsetzen können muß, oder in denen die Möglichkeit einer bundeseinheitlichen Verwaltungspraxis unbedingt gewährleistet sein soll. In diesen besonderen Ausnahmefällen soll der Wille der Bundesregierung an Stelle des Willens der Landesregierungen allein entscheidend sein können. Es kann deshalb nicht dem Sinn und dem Zweck des Art. 84 Abs. 5 GG entsprechen, daß es vom Zufall oder vom Wohlwollen der Länder abhängen soll, ob die Bundesregierung davon erfährt, daß bei den Ländern Sachen zur Entscheidung anstehen, die dem gesetzlich umrissenen "Einzelweisungstatbestand" unterfallen. Müßte man doch andernfalls sagen, daß der Bundesregierung nach der Verfassung zwar für einen bestimmten Bereich gerade wegen seiner besonderen Bedeutung ein Weisungsrecht verliehen werden kann, dieses Recht jedoch nach derselben Verfassung weitgehend ineffektiv und unrealisierbar bleiben muß und der Verfassungsgeber daher der Bundesregierung Steine statt Brot zugebracht hätte. Man wird daher davon auszugehen haben, daß die Länder unmittelbar durch Art. 84 Abs. 5 GG verpflichtet sind, zumindest in allen den Fällen vor ihrer Entscheidung über die jeweilige Angelegenheit und die beabsichtigte Maßnahme an den Bund zu berichten, in denen es ohne weiteres evident ist, daß sie den "Einzelweisungstatbestand" erfüllen könnten. Denn ob es

der Fall ist, kann durchaus nicht immer aus der Sicht der Länder entschieden werden. Gegen diese Auffassung spricht nicht, daß der Bundesregierung bei der Auftragsverwaltung im Gegensatz zur landeseigenen Verwaltung ausdrücklich ein Berichtsanforderungsrecht eingeräumt ist (Art 85 Abs. 4 GG). Denn auch innerhalb der Auftragsverwaltung gibt es Fälle, in denen die Länder wegen der Bedeutung der einzelnen Angelegenheit schon von sich aus, ohne eine Aufforderung nach Art. 85 Abs. 4 GG, an den Bund berichten müssen. Dazu würden, falls sie in Auftragsverwaltung erledigt würden, alle die Fälle gehören, in denen die Bundesregierung bei der landeseigenen Verwaltung ein Einzelweisungsrecht besitzt.

Ein Zustimmungsvorbehalt des Bundes würde daher im Bereich des Art. 84 GG nicht allein schon wegen der mit dieser Mischverwaltung notwendig verbundenen Berichtspflicht der Länder zu einer stärkeren Einschaltung des Bundes in die landeseigene Verwaltung führen, als sie auch ein Einzelweisungsrecht mit sich bringt.

Daneben ist jedoch zu bedenken, daß die nach Art. 84 Abs. 5 GG weisungsberechtigte Bundesregierung auch dann nicht in jedem einzelnen ihr möglichen Fall den Ländern eine Weisung erteilen und sich so maßgeblich in deren Verwaltungstätigkeit einschalten muß, wenn diese ihr innerhalb des "Einzelweisungstatbestandes" laufend Bericht erstatten. Vielmehr kann sie auch hier die gesamte materielle Entscheidung allein den Ländern überlassen. Demgegenüber ist bei einem Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernis oder einem Einspruchsrecht des Bundes für jeden einzelnen Fall eine nicht nur stillschweigende, sondern ausdrückliche Mitwirkung und Mitentscheidung des

Bundes zwingend vorgeschrieben und erforderlich. Denn in allen diesen Fällen haben die Landes- und die Bundesbehörden an den einzelnen Entscheidungen beteiligt zu sein und sind für die in ihrem Bereich gefallene EntschlieÙung auch ihrem Parlament verantwortlich. Da es sich somit bei einem Einvernehmenserfordernis anders als bei einem Weisungsrecht um eine Einflußmöglichkeit handelt, von der in jedem einzelnen Fall Gebrauch gemacht werden muß, kann ein Einvernehmen gegenüber einer Weisung kein minus, sondern nur ein aliud sein. Dieser Wesensunterschied kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Institut der Weisung dem Bereich der Über- und Unterordnung von Bund und Ländern angehört, während man von Einvernehmen, Zustimmung und Einspruch nur in der Ebene der Gleichordnung sprechen kann ²³⁾.

Eine Einordnung von Zustimmungsrechten des Bundes in die Weisungsrechte des Art. 84 Abs. 5 GG muß aber auch noch aus einem anderen Grunde scheitern: Da Einvernehmens-, Zustimmungs- und Einspruchsrechte des Bundes im Bereich der landeseigenen Verwaltung nach allem nur dann zulässig sein könnten, wenn sie den Weisungsrechten des Art. 84 Abs. 5 GG als ein minus immanent wären, könnten sie der Bundesregierung genau wie die Weisungsrechte auch nur durch Bundesgesetze verliehen werden. Während nun ein Verwaltungsakt, der nicht entsprechend der erteilten, gesetzlich möglichen Weisung ergeht, rechtmäßig und rechtswirksam ist ²⁴⁾, ist ein ohne die gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung oder ein entgegen einem gesetzlich zulässigen Einspruch erlassener Verwaltungsakt, weil rechtswidrig, nichtig ²⁵⁾

²³⁾ vgl. zum Ganzen auch Fußlein, a.a.O. S. 3.

²⁴⁾ z.B. Krause, a.a.O. S. 280.

²⁵⁾ so Forsthoff, Lehrbuch S. 218, Landmann-Giers-Proksch, a.a.O. S. 171/172 mit Anm. 90, Groebe, a.a.O. S. 761/762.

oder aufhebbar ²⁶⁾. Ist die rechtliche Außenwirkung zweier Rechtsinstitute aber unterschiedlich, so kann das eine gegenüber dem anderen nicht ein minus, sondern nur ein aliud sein.

Im Ergebnis ist daher dem Bundesrat ²⁷⁾, Schäfer ²⁸⁾, Rohwer-Kahlmann ²⁹⁾, Gerner ³⁰⁾ und Maunz ³¹⁾ zuzustimmen, wenn sie Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernisse und Einspruchsrechte des Bundes im Bereich der landeseigenen Verwaltung schlechthin für verfassungswidrig halten ³²⁾ und damit die von Köttgen, Forsthoff, Hamann und Kratzer ³³⁾ vertretene Auffassung ablehnen, daß diese drei Arten einer entscheidend mitbestimmenden Einschaltung des Bundes in die Verwaltungstätigkeit der Länder den Weisungsrechten des Art. 84 Abs. 5 GG immanent sind.

Zu Unrecht hat daher der Gesetzgeber - und demals auch der Bundesrat - die jetzige Fassung der §§ 6 und 13 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952 ³⁴⁾, nach denen von den Ländern eine zurückgenommene Bestattung nur dann wiedererteilt oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Erlaubnis zur Ausübung der Zahnheilkunde nur dann erteilt werden darf, wenn die Bundesregierung nicht widerspricht, als von Art. 84 Abs. 5 GG gedeckt angesehen ³⁵⁾.

26) So Wolff, a.a.O. S. 253, 264, OLG Oldenburg in DVBl. 1951 S. 21 mit Anm. von Schack, vgl. auch Bayer. VGH in BVBl. 1956 S. 314.

27) Sten.Ber. über die 136. BR-Sitzung, S. 33c, und unten S.68 f mit Anmerkungen 37 und 38.

28) AöR 78. Bd. S. 39.

29) AöR 79. Bd. S. 223.

30) a.a.O. S. 194.

31) Gesetzgebung S. 266.

32) Bedenken hat auch von Mangoldt, Art. 84 Erl. 2 S. 454.

33) vgl. oben S. 63 mit Anmerkungen 19 bis 22.

34) BGBl. I S. 221.

35) BT-Drucksachen Nr. I/3159 und I/3192 i.V.m. I/2573, S. 7/8 Nr. 8/9

Diesen Irrtum hat der Bundesrat später bemerkt. Denn auf sein Betreiben hin sind in den Gesetzentwürfen über die Ausübung verschiedener Heilberufe die sich an die genannten unzulässigen Regelungen des Zahnheilkundengesetzes anlehnenden Bestimmungen gestrichen worden ³⁶⁾. Und soweit der Bundesrat auch in anderen Fällen die Unzulässigkeit dieser Mischverwaltungsform im Bereich der landeseigenen Verwaltung erkannt und beanstandet hat, ist er ebenfalls mit seinen Bedenken - wenn auch manchmal erst nach Anrufung des Vermittlungsausschusses - durchgedrungen ³⁷⁾.

36) a) § 2 Abs. 2 des Entw. eines Ges. über die Ausübung der Kranken- und Kinderkrankenpflege (Krankenpflegegesetz), BT-Drucks. Nr. II/3107, S. 2, S. 9 Nr. 1a (i.V.m. BR-Drucks. Nr. 385/1/56, S. 1 unter I 1a), S. 11 zu Nr. 1a, Ges. vom 15.7.1957 (BGBl. I S. 716),

b) § 2 Abs. 3 des Entw. eines Ges. über die Ausübung der Berufe des Masseurs, des Masseurs und medizinischen Bademeisters und des Krankengymnasten, BT-Drucks. Nr. II/3108 = III/41, S. 2, S. 8 Nr. 2a (i.V.m. BR-Drucks. Nr. 386/1/56, S. 2 unter I 2a), S. 10 zu Nr. 2a, BT-Drucks. Nr. III/353, S. 1 zu § 2 Abs. 3 S. 2, S. 3, BR-Drucks. Nr. 242/58, S. 1, BT-Drucksachen Nr. III/692, S. 2 Nr. 1, III/715, S. 2, Ges. vom 21.12.1958 (BGBl. I S. 985),

c) § 2 Abs. 2 des Entw. eines Ges. über die Ausübung des Berufs der medizinisch-technischen Assistentin, BT-Drucks. Nr. II/3106 = III/42, S. 2, S. 9 Nr. 1a (i.V.m. BR-Drucks. Nr. 388/1/56, S. 1 unter I 1a), S. 11 zu Nr. 1a, BT-Drucks. Nr. III/355, S. 2 zu § 2 Abs. 2, S. 4, BR-Drucks. Nr. 243/58, S. 1, BT-Drucksachen Nr. III/693, S. 2 Nr. 1, III/716, S. 2 Nr. 1, Ges. vom 21.12.1958 (BGBl. I S. 981).

37) z.B. a) §§ 1 Abs. 2 und 2 Abs. 2' des Entw. eines Allgemeinen Eisenbahngesetzes, BT-Drucksachen Nr. I/1342, S. 2, S. 14 Nr. 1, I/1640 S. 2, I/1716, I/1801, Ges. vom 29.3.1951 (BGBl. I S. 225),

b) §§ 38 und 41 Abs. 4 des Entw. eines Ges. zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz), BT-Drucks. Nr. II/2072, S. 13 und 35/36, S. 44, Sten.Ber. über die 152. BR-Sitzung, S. 8 B/C, BT-Drucks. Nr. II/3536, S. 5 f, 39 und 40, Ges. vom 27.7.1957 (BGBl. I S. 1110),

Im Hinblick auf Art. 84 Abs. 5 GG wurde auf Verlangen des Bundesrates auch § 2 Abs. 1 Satz 5 des Entwurfes eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung gestrichen³⁸⁾. In dieser Bestimmung war vorgesehen, daß "Entscheidungen über Versorgungsangelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung oder von erheblicher finanzieller Auswirkung für den Bund ... der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und des Bundesministers der Finanzen" bedürfen sollten. Diese Regelung sollte deswegen getroffen werden, weil der Bund nach Art. 120 GG auf dem Gebiet der Kriegsopferversorgung die alleinige Finanzverantwortung trägt, die Länder jedoch die einzelnen Gesetze nach Art. 84 GG als eigene Angelegenheit auszuführen und die dabei anfallenden Ausgaben unmittelbar für Rechnung des Bundes zu leisten haben. Diese Mischverwaltung hätte sich zwar nicht auf Art. 84 Abs. 5 GG stützen lassen. Ob sie aber nicht dennoch, zumindest teilweise, aus den von der Bundesregierung aufgezeigten Gesichtspunkten der Finanzverantwortung, der

c) §§ 53 Abs. 2 Ziff. 1, 57, 66 Abs. 5 Ziff. 1

Satz 2 des Entw. eines Ges. über die Beförderung von Personen zu Lande (Personenbeförderungsgesetz), BT-Drucks. Nr. II/831, Anl. 1 mit Begründung S. 47, 48, 50, Anl. 2 S. 59 ff Nr. 27a, 30, 34b, Anl. 3, S. 66 zu Nr. 27, 30 und 34b i.V.m. BT-Drucks. Nr. III/255, §§ 53 Abs. 2 und 3, 57, 65 Abs. 5 Ziff. 1 Satz 2. Entgegen der Ansicht des BR-Rechtsschusses (BR-Drucks. Nr. 195/1/54, S. 24 Nr. 32a, S. 27 Nr. 38c) handelt es sich bei der in §§ 57 und 66 Abs. 5 Ziff. 1 Satz 2 der BT-Drucks. Nr. II/831 vorgesehenen Zustimmung des Bundes zu einem Einspruchs- oder Beschwerdebescheid eines Landes nicht um die Mischverwaltungsform eines durchgehenden Instanzenzuges (vgl. dazu oben S. 32 ff), sondern allein um die hier erörterte Mischverwaltungsform.

- 38) BT-Drucks. Nr. II/68, S. 2, S. 16 Nr. 3b, Sten.Ber. über die 136. BR-Sitzung, S. 33 C, BT-Drucksachen Nr. II/1191, S. 2 Nr. 1, und II/1258, S. 2 Nr. 1, Ges. vom 2.5.1955 (BGBl. I S. 202).

Etatverantwortlichkeit und Etatisierung ³⁹⁾ oder bei einer entsprechenden Auslegung des Art. 120 GG ("nach näherer Bestimmung eines Bundesgesetzes") ⁴⁰⁾ zulässig gewesen wäre und ob nicht deshalb auch die ähnlichen Bestimmungen in § 4 Abs. 2 des Ersten Überleitungsgesetzes vom 21.8.1951 ⁴¹⁾ und in § 51 Abs. 2 des Gesetzes zur Abgeltung von Besatzungsschäden vom 1.12.1955 ⁴²⁾ nicht zu beanstanden wären ⁴³⁾, muß hier unerörtert bleiben. Denn die Beantwortung dieser Fragen erfordert eine eingehende Prüfung ihrer umfangreichen, sich aus dem Bereich des Finanzwesens ergebenden Sonderproblematik und geht daher über den Rahmen dieser Untersuchung hinaus ⁴⁴⁾.

Gefolgt von Forsthoff ⁴⁵⁾ ordnet Köttgen ⁴⁶⁾ nicht nur den Weisungsrechten des Art. 84 GG, sondern genauso unbedenklich auch denen des Art. 85 GG Einvernehmens-, Zustimmungs- und Einspruchsrechte des Bundes ein. Auch Schäfer ⁴⁷⁾ hält bei der Auftragsverwaltung - anders als bei der landeseigenen Verwaltung - diese Mischverwaltungsform schlechthin für zulässig; allerdings wird bei ihm nicht ganz klar, auf welche Einzelbestimmung des Art. 85 GG er seine Ansicht stützt. Beitreten kann man jedoch keiner dieser Auffassungen.

39) BT-Drucks. Nr. II/68, S. 20 zu Nr. 3 b in V.m.
S. 22 f zu Nr. 20.

40) vgl. Köttgen, JöR Bd. 3 S. 88.

41) BGBl. I S. 779.

42) BGBl. I S. 734.

43) Entsprechendes gilt auch für § 12 des Gesetzes über Hilfsmaßnahmen für Personen, die aus politischen Gründen in Gebieten außerhalb der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West) in Gewahrsam genommen wurden, vom 6.8.1955 (BGBl. I S. 498, geändert durch Ges. vom 13.3.1957, BGBl. I S. 165).

44) Vgl. auch oben S. 51 ff.

45) Fragen S.20.

46) DÖV 1955 S. 488 f.

47) AöR 78. Bd. S. 38.

Im Gegensatz zur landeseigenen Verwaltung besitzen die Bundesregierung und die obersten Bundesbehörden bei der Auftragsverwaltung unmittelbar kraft der Verfassung, ohne daß es noch jeweils einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, schlechthin das Recht, den Ländern allgemeine und Einzelweisungen zu erteilen (Art. 85 Abs. 3 GG), somit allein ihren Willen entscheidend sein zu lassen und durch bindende und widerspruchsflos zu befolgende Befehle, wenn auch nicht in allen ⁴⁸⁾, so doch in vielen Fällen die Landesverwaltungstätigkeit entsprechend ihren eigenen Vorstellungen und Plänen zu steuern. Mit diesem generellen Weisungsrecht besitzt die Bundesexekutive daher wesentlich mehr und weiter reichende Einwirkungsmöglichkeiten, als ihr bei einem Einvernehmens-, Zustimmungs- oder Einspruchsrecht zur Verfügung ständen. Denn im Besitz dieser Rechte könnte sie nur dadurch auf die Verwaltungstätigkeit der Länder Einfluß nehmen, daß sie einem Vorhaben der Länder ihr Placet erteilt oder verweigert und damit seine Durchführung ermöglicht oder verhindert und darüber hinaus versucht, im Verhandlungswege bei den Ländern die Verwirklichung ihrer eigenen Pläne zu erreichen. Und da die Länder bei einem Einvernehmenserfordernis im Gegensatz zum Fall der Weisung für jede beabsichtigte Maßnahme auch selbst eine Entscheidung zu fällen und dafür die parlamentarische Verantwortung zu tragen haben, sind sie in diesen Fällen auch nicht unbedingt gehalten, ihr vom Bund gebilligtes Vorhaben nun auch zu realisieren; vielmehr können sie auch dann noch die beabsichtigte Maßnahme unterlassen ⁴⁹⁾.

- 48) Da es sich bei der Auftragsverwaltung nicht um "mittelbare Bundesverwaltung", sondern um Landesverwaltung handelt (vgl. oben S. 36 mit Anm. 20 und 21), muß hier die Mehrzahl der Verwaltungsaufgaben den Ländern zur selbständigen Erledigung verbleiben.
- 49) vgl. zum Ganzen auch Füslein, a.a.O. S. 3.

Unter diesen Umständen kann bei der Auftragsverwaltung für die Mischverwaltung eines Einvernehmens der Länder mit dem Bund nur dann noch sinnvoll Raum sein, wenn hier trotzdem eine voll und ganz ihrem Wesen entsprechende Durchführung gesichert werden kann und die obersten Bundesbehörden nicht noch daneben, also in denselben Fällen, von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen und so ihre mit einem Einvernehmensrecht verbundenen minderen Einflußmöglichkeiten überspielen können. Da das Weisungsrecht des Art. 85 GG der Bundesexekutive unmittelbar kraft der Verfassung zusteht, könnten diese Voraussetzungen allerdings nur dann gegeben sein, wenn den obersten Bundesbehörden das Weisungsrecht genommen würde oder sie rechtswirksam darauf verzichten würden. Da unter dem Grundgesetz jedoch verfassungsdurchbrechende Gesetze nicht möglich sind ⁵⁰⁾, würde der Bundesgesetzgeber mangels eines Gesetzesvorbehaltes, wie ihn z.B. Art. 86 GG in einem anderen Falle kennt, seine Kompetenzen überschreiten, wenn er in einem einfachen Gesetz das Weisungsrecht der obersten Bundesbehörden durch ein Einvernehmensrecht ersetzen würde.

Aber auch mit Zustimmung der obersten Bundesbehörden wäre dem Gesetzgeber dieser Weg versperrt. Denn ihre Zustimmung würde einen schon aus allgemeinen Gründen ⁵¹⁾ unzulässigen Verzicht auf einen Teil ihrer verfassungsmäßigen Mitwirkungsbefugnisse bedeuten; einen Verzicht, dessen Verfassungswidrigkeit auch noch dadurch besonders deutlich wird, als der Auftragsverwaltung gerade solche Materien unterfallen, die stark überregionale Bedeutung haben und an denen der Bund ein besonderes Interesse besitzt und bei denen deshalb - auch nach Ansicht des

⁵⁰⁾ vgl. oben S. 23.

⁵¹⁾ vgl. oben S. 41 ff.

Verfassungsgebers ⁵²⁾ - jederzeit eine zentrale Lenkung unbedingt möglich sein muß.

Da also die Weisungsrechte des Art. 85 Abs. 3 GG in jedem Fall voll gewahrt bleiben, ist im Bereich der Auftragsverwaltung für die Mischverwaltung eines Einvernehmens der Länder mit dem Bund sinnvoll kein Raum mehr, und zwar unabhängig davon, über welche Einzelbestimmung des Art. 85 GG man sie einführen möchte.

Im Ergebnis ist daher Gerner ⁵³⁾ und Maunz ⁵⁴⁾ zuzustimmen, wenn sie gegenüber Köttgen, Forsthoff und Schäfer ⁵⁵⁾ der Ansicht sind, daß die Mischverwaltung eines Einvernehmens der Länder mit dem Bund innerhalb der Auftragsverwaltung nicht möglich ist.

Will der Bund bei der Auftragsverwaltung seine Information durch die Länder in demselben Umfang sicherstellen, in dem dies bei einem Einvernehmenserfordernis der Fall wäre, so entspricht den ihm nach Art. 85 GG zustehenden Befugnissen nur die Regelung, die Länder innerhalb begrenzter Fallgruppen nach Art. 85 Abs. 4 GG zu verpflichten, ihm über jeden einzelnen ihnen vorkommenden Fall und die beabsichtigten Maßnahmen Bericht zu erstatten. Denn das Recht, von den Ländern nach Art. 85 Abs. 4 GG Bericht zu verlangen, steht dem Bund jederzeit - also auch bevor konkrete Verwaltungsmaßnahmen durch die Länder getroffen sind - zu, und zwar besonders auch deswegen, weil sich bei der Auftragsverwaltung die Bundesaufsicht uneingeschränkt auch auf die Zweckmäßigkeit

⁵²⁾ Sonst hätte er nämlich der Bundesexekutive das Weisungsrecht nicht schon unmittelbar durch die Verfassung zu verleihen brauchen, sondern den Weg des Art. 84 Abs. 5 GG wählen können.

⁵³⁾ a.a.O. S. 194.

⁵⁴⁾ Gesetzgebung S. 266.

⁵⁵⁾ vgl. oben S. 70 mit Anm. 45 bis 47.

der Landesverwaltungstätigkeit erstreckt ⁵⁶⁾. Aus denselben Gründen wird aber nicht nur die Bundesregierung, sondern bereits auch der Gesetzgeber die Länder verpflichten können, in genau bestimmten Angelegenheiten von sich aus an den Bund zu berichten.

Das für den Bereich der Art. 84 und 85 GG ermittelte Ergebnis bedarf noch des erläuternden Hinweises, daß es nicht nur für die eigentliche, materielle Verwaltungstätigkeit, sondern genauso auch für die Einrichtung der Landesbehörden gilt. Nur muß hier die Begründung anders lauten. Entscheidend ist hier allein, wie die nur in Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG enthaltenen Verfassungsbestimmungen über die Organisationsgewalt innerhalb der landeseigenen und der Auftragsverwaltung zu verstehen sind. Die Weisungsrechte der Art. 84 und 85 GG können in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sein, da der Bund nicht durch Weisungen auf die Organisation der Landesbehörden Einfluß nehmen kann, sich diese Befugnisse vielmehr ausschließlich auf die eigentliche, materielle Verwaltungstätigkeit erstrecken.

Die Organisationsgewalt gehört als Ausfluß seiner Hoheitsmacht zu den Wesensmerkmalen eines jeden Staates ⁵⁷⁾. Da es sich bei der landeseigenen und der Auftragsverwaltung um Landesverwaltung handelt ⁵⁸⁾, steht sie in beiden Fällen an sich den Ländern zu. So ist sie ihnen denn auch durch die Verfassung ausdrücklich dem Grundsatz nach bestätigt und garantiert worden ⁵⁹⁾. Wenn nach Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG aber auch der Bund - mit Zustimmung des Bundesrates - an Stelle der Länder die Einrich-

⁵⁶⁾ vgl. auch oben S. 61/62 mit Anm. 16.

⁵⁷⁾ Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 221, Haas, AöR 80. Bd. S. 81.

⁵⁸⁾ vgl. oben S. 36 mit Anm. 20.

⁵⁹⁾ Art. 84 Abs. 1 GG ("so regeln sie") und Art. 85 Abs. 1 GG ("bleibt ... Angelegenheit der Länder").

tung ihrer Behörden regeln kann, so sind diese Bestimmungen daher eng auszulegen ⁶⁰⁾. Sie können nur so verstanden werden, daß nicht nur die Organisationsgewalt der Länder nur durch einen zustimmungsbedürftigen Rechtssatz ⁶¹⁾ beschnitten werden kann, sondern auch die Regelung der Einrichtung der Landesbehörden durch einen zustimmungsbedürftigen Rechtssatz erfolgen muß ⁶²⁾. Unzulässig ist es daher, sich in Gesetzen oder Rechtsverordnungen darauf zu beschränken, den Ländern die Organisationsgewalt ganz oder teilweise zu nehmen und sie insoweit auf Behörden des Bundes zu übertragen, damit diese dann im Verwaltungswege von ihr Gebrauch machen. Denn in diesem Falle würde die Regelung nicht durch einen Rechtssatz erfolgen, und wäre an ihr auch nicht der Bundesrat beteiligt.

Im Ergebnis hält daher Schäfer ⁶³⁾ zu Recht die in § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Errichtung der Verwaltungsbehörden der Kriegsopferversorgung vom 12.3.1951 ⁶⁴⁾ getroffene Regelung für verfassungswidrig, daß die Versorgungsämter und die Landesversorgungsämter zwar von den Ländern errichtet werden, die Bestimmung ihres Sitzes und ihres Bezirkes aber nur im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit erfolgen kann. Aus denselben Gründen steht auch § 2 desselben Gesetzes nicht mit dem Grundgesetz in Einklang, und wäre es zu beanstanden gewesen, wenn § 2 des Entwurfes eines Gesetzes zur Förderung des

60) Für Art. 84 GG: Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 221. Hamann Art. 84 Erl. B.

61) d.h. unmittelbar durch ein zustimmungsbedürftiges Gesetz (Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG) oder durch eine in einem zustimmungsbedürftigen Gesetz vorgesehene zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung (Art. 80 GG), Herrfahrdt, BK Art. 84 Erl. II 2, Art. 85 Erl. II 2, vgl. auch Haas, AöR 80. Bd. S. 90.

62) vgl. auch Rohwer-Kahlmann, AöR 79. Bd. S. 221, v. Hausen - v.d.Heide, a.a.O. S. 755 ("im einzelnen Bundesgesetz ... Organisationsrecht ... zu schaffen"), ferner Haas, AöR 80. Bd. S. 90.

63) AöR 78. Bd. S. 39 mit Anm. 113.

64) BGBI. I S. 169.

Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau ⁶⁵⁾
Gesetz geworden wäre.

Soweit der VIII. Abschnitt des Grundgesetzes in Betracht kommt, ist es daher - unbeschadet des Art. 85 Abs. 2 Satz 3 GG - nicht möglich, Verwaltungsmaßnahmen der Länder an das Einvernehmen oder die Zustimmung oder ein Einspruchsrecht des Bundes zu knüpfen. Gerade die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 2 Satz 3 GG wie auch die übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes, in denen ausdrücklich ein Einvernehmen der Länder mit dem Bund vorgesehen ist ⁶⁶⁾, bestätigen diese Auffassung.

65) BT-Drucks. Nr. I/2388.

66) Art. 32 Abs. 3 und 108 Abs. 3 Satz 3 GG.

V.

Neben der soeben erörterten Mischverwaltungsform, bei der die Länder vor bestimmten Maßnahmen die Zustimmung des Bundes einholen müssen, ist auch der umgekehrte Fall denkbar, daß der Bund bestimmte Maßnahmen nur im Einvernehmen mit den Ländern und nicht gegen ihren Einspruch treffen kann.

Abgesehen von dem Sonderfall des Art. 89 Abs. 3 GG kennt das Grundgesetz keine entscheidend mitbestimmende Einschaltung der Länder als solcher in den Bereich bundeseigener Verwaltung. Mit dieser einen Ausnahme ist der Bund hier allein, vollkommen selbständig und eigenverantwortlich zur Entscheidung und zum Handeln berufen. Denn die Art. 86 ff GG enthalten sonst keine Bestimmung, aus der man die Zulässigkeit eines in jedem einzelnen Fall erforderlichen Einvernehmens des Bundes mit den Ländern herleiten könnte ¹⁾.

Entgegen der Ansicht von Gerner ²⁾ und Fußlein ³⁾ ist es dem Bund auch nicht möglich, im Wege der Selbstbeschränkung die Länder als solche maßgeblich mitbestimmend an seiner Verwaltungstätigkeit zu beteiligen ⁴⁾. Bundes- wie Landesexekutive besitzen nämlich nach dem Grundgesetz bei der Ausübung der ihnen durch dieses zugewiesenen Zuständigkeiten ein jeweils mehr oder minder großes Maß eigener Entscheidungsfreiheit. Wegen des Verbotes verfassungsdurchbrechender Gesetze ⁵⁾ und mangels eines Gesetzesvorbehaltes kann ihnen daher der Bundes- oder Landesgesetzgeber diese Entscheidungsfreiheit genauso wenig nehmen wie die Zuständigkeiten selbst. Denn das eine ist mit dem anderen untrennbar verbunden und wird daher gleichermaßen von der oben ⁵⁾ schon

1) a.A. Katzenstein, a.s.O. S. 600 (vgl. dazu unten S. 79 mit Anm. 13).

2) a.s.O. S. 194.

3) a.s.O. S. 4.

4) Trotz Randnr. 17 nicht ganz klar Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 18.

5) vgl. oben S. 23.

erwähnten verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie erfaßt. Der Gesetzgeber könnte der Exekutive aber auch nicht mit ihrer Zustimmung die verfassungsgegebene Entscheidungsfreiheit beschneiden. Denn auch hier würde diese Zustimmung einen unzulässigen Verzicht bedeuten ⁶⁾, dessen Verfassungswidrigkeit auch noch dadurch besonders deutlich wird, daß durch eine solche "Verzichtleistung", besonders im Falle ihrer Wiederholung, das durch das Grundgesetz geschaffene Kräfte- und das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis zwischen Bund und Ländern derart ausgehöhlt werden könnte, daß die dadurch beabsichtigten Schutz- und gegenseitigen Hemmungswirkungen praktisch entfallen würden und die externen Zuständigkeiten ohne jeden wirklichen Gehalt wären, da sie nicht mehr in der ihnen zugedachten Unabhängigkeit ausgeübt werden könnten.

Zu Recht sind daher die in dem Entwurf eines Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter zahlreiche vorgesehenen Fälle eines Einvernehmens von Bundes- mit Landesbehörden ⁷⁾ gestrichen worden, so daß sich in dem Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 ⁸⁾ kein einziger Fall dieser Mischverwaltung mehr findet ⁹⁾.

- Mit derselben Berechtigung hat der Bundesrat auf An-

6) Vgl. dazu oben S.41 ff.

7) BT-Drucks. Nr. I/3430, §§ 2 Abs. 3, 4 Abs. 1, 3 und 4, 7 Abs. 1, 9 Abs. 3 und 5, 25 Abs. 1.

8) BGBI. I S. 389.

9) Der BR hatte auf Empfehlung seines Rechtsausschusses und seines Ausschusses für Innere Angelegenheiten bereits im ersten Durchgang des Gesetzentwurfes in allerdings nur einigen Fällen diese Mischverwaltung beanstandet (BT-Drucks. Nr. I/3430, S. 45 a.E., i.V.m. BR-Drucks. Nr. 42/3/52, S. 14, II 1, Sten.Ber. der 79. BR-Sitzung, S. 73 B und 76 A), auffallenderweise jedoch gleichzeitig in zwei anderen Fällen ihre Einführung gewünscht (BT-Drucks. Nr. I/3430, S. 37/38, Nr. 16 und 18). Die Streichung aller Fälle ist letztlich auf den BT-Ausschuß für Kriegsoffer- und Kriegsgefangenenfragen zurückzuführen (BT-Drucks.Nr. I/4292, insbes. S. 2 und 5).

regung seines Rechtsausschusses gleich im ersten Durchgang eine Streichung aller in dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vorgesehenen Fälle dieser Mischverwaltung gewünscht ¹⁰⁾. In dem neu eingebrachten Entwurf eines Personenbeförderungsgesetzes hat die Bundesregierung diesen Einwänden dann auch Rechnung getragen ¹¹⁾.

Unvereinbar mit der hier aufgezeigten verfassungsrechtlichen Lage ist demgegenüber die in § 53 Abs. 3 Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952 ¹²⁾ ohne Beanstandung durch den Bundesrat getroffene Regelung, daß die "Bundesanstalt für den Güterfernverkehr" Zahl und Sitz ihrer Außenstellen nur im Einvernehmen mit den jeweils zuständigen obersten Landesverkehrsbehörden bestimmen kann und das gleiche auch für die Bestellung der Leiter der Außenstellen und ihrer Stellvertreter gilt, die Bundesanstalt also in ihren eigenen Angelegenheiten nicht mehr allein entscheidungsbefugt ist. Soweit es sich hierbei um Akte der bundeseigenen Behördenorganisation handelt, wird sich dieses Einvernehmen auch bei einer wohlwollenden extensiven Interpretation nicht mehr auf Art. 86 Satz 2 GG stützen lassen können. Denn dem dortigen Vorbehalt "soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt" kann man schwerlich die Bedeutung beimessen, daß es auf Grund dieser Bestimmung zulässig sein soll, die Länder als solche an den Entscheidungen der Bundesexekutive über ihre eigene Behördenorganisation in Form eines Einvernehmens verbindlich zu beteiligen ¹³⁾. In

10) BT-Drucks. Nr. II/831, §§ 11 Abs. 1, 53 Abs. 2 Ziff. 1, 54 Abs. 3, S. 53 Nr. 8, S. 59 Nr. 27, S. 60 Nr. 28.

11) BT-Drucks. Nr. III/255, §§ 11 Abs. 1, 53 Abs. 2, 54 Abs. 2.

12) BGBl. I S. 697, in der durch die Änderungsgesetze vom 3.6.1957 (BGBl. I S. 593) und 26.6.1959 (BGBl. I S. 399) geänderten Fassung.

13) Entsprechendes gilt für Art. 86 Satz 1 GG und den dortigen Vorbehalt "soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt". Wie hier auch von Mangoldt, Art. 86 Erl. 2 S. 465, Herrfahrdt, BK Art. 86 Erl. II; ohne nähere Begründung a.A. Katzenstein, a.a.O. S. 600.

keinem Fall kann man jedoch mit Köttgen diese Mischverwaltung allein mit dem Hinweis rechtfertigen, daß "diese Selbstbeschränkung bundeseigener Verwaltung nur den Sinn einer Kompensation des mit Art. 87 verbundenen Einbruchs in die Landesverwaltung hat" ¹⁴⁾. Denn so sehr solche Kompensationen verfassungspolitisch erwünscht sein mögen, so wenig sind sie allein doch geeignet, ohne Verfassungsänderung vorgenommene Abwandlungen der verfassungsmäßigen Ordnung verfassungsrechtlich zu legalisieren. Vielmehr kann deren Zulässigkeit sich nur aus den Bestimmungen der Verfassung ergeben.

Aus denselben Gründen wie § 53 Abs. 3 Güterkraftverkehrsgesetz steht auch § 3 des Gesetzes über die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen vom 26.6.1954 ¹⁵⁾ nicht mit dem Grundgesetz in Einklang. Nach dieser Bestimmung können die nach §§ 795 und 808 a BGB erforderlichen Genehmigungen durch den zuständigen Bundesminister nur im Einvernehmen mit der obersten Behörde des Landes erteilt werden ¹⁶⁾.

14) DÖV 1955 S. 490.

15) BGBI. I S. 147.

16) Trotz der von dem Vertreter Bayerns erhobenen Bedenken hat das Plenum des BR im ersten Durchgang das in dem Regierungsentwurf vorgesehene "Benehmen" in das jetzige "Einvernehmen" umgewandelt (Sten.Ber. über die 118. BR-Sitzung, S. 11 A und B, BT-Drucks. Nr. II/272, S. 6 Nr. 2). Beim zweiten Durchgang hat auch der Rechtsausschuß des BR gegen diese Regelung erhebliche Bedenken angemeldet, jedoch - allerdings nicht aus rechtlichen Gründen - davon abgesehen, dem Plenum des BR die Anrufung des Vermittlungsausschusses zu empfehlen. Vielmehr hat er sich mit dem Hinweis begnügt, "daß an der bisherigen Auffassung zur Frage der Mischverwaltung festgehalten wird und daß dem vorliegenden Einzelfall keine präjudizielle Bedeutung zukommen kann" (Sten.Ber. über die 124. BR-Sitzung, S. 170 A/B).

Den oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten widerspricht jedoch nicht die in § 16 Abs. 1 des neugefaßten Ersten Wohnungsbaugesetzes vom 25.8.1953 ¹⁷⁾ und dann auch wieder in § 19 Abs. 1 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) vom 27.6.1956 ¹⁸⁾ vorgesehene Mischverwaltung. Zwar heißt es eingangs in diesen beiden Bestimmungen, daß die Verteilung der Mittel, mit denen sich der Bund an der Finanzierung der sozialen Wohnungsbauprogramme der Länder beteiligt, durch den Bundesminister für Wohnungsbau "im Einvernehmen mit den für das Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen obersten Landesbehörden" erfolgt. Jedoch bedeutet dies keine Beschneidung des der Bundesexekutive bei der Haushaltswirtschaft, hier der Verteilung der Wohnungsbauförderungsmittel, zustehenden Ermessensspielraumes und auch keinen Verzicht der Exekutive auf die ihr dabei zustehenden Rechte. Denn im Grunde ist der Bundesminister für Wohnungsbau durch die genannten Bestimmungen nur - entsprechend dem Sinn der finanziellen Beteiligung des Bundes - nachdrücklich gehalten, die Belange der Länder bei der Verteilung der Bundesmittel möglichst weitgehend zu berücksichtigen. Seine - natürlich sachgebundene - Entscheidungsfreiheit bleibt ihm nämlich trotz allem voll und ganz erhalten, da er die Mittel "unter Berücksichtigung des Wohnungsbedarfs in den Ländern nach pflichtgemäßem Ermessen" letztlich allein, ohne die Mitwirkung der Länder, verteilen kann, falls nicht alle Länder ¹⁹⁾

-
- 17) BGBl. I S. 1047 i.d.F. des § 124 Wohnungsbau- und Familienheimgesetz vom 27.6.1956 (BGBl. I S. 523) und des Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 26.9.1957 (BGBl. I S. 1393).
- 18) BGBl. I S. 523 i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Ersten und Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 26.9.1957 (BGBl. I S. 1393).
- 19) vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3 bis 5 Erstes Wohnungsbaugesetz und § 19 Abs. 1 Satz 3 bis 5 Zweites Wohnungsbaugesetz. - Ein Einvernehmen mit den Ländern erfordert die Zustimmung aller Länder, da hier nicht die im demokratischen Prinzip beheimatete Regel der Mehrheit,

seinem Verteilungsvorschlag oder seinem Vermittlungsvorschlag zustimmen sollten. Trotz des Wortes "Einvernehmen" handelt es sich daher in den genannten Bestimmungen im Ergebnis nur um eine besondere Ausgestaltung der noch zu erörternden Mischverwaltungsform, daß der Bund sich vor bestimmten Maßnahmen mit den Ländern ins Benehmen setzen muß ²⁰⁾. Letztlich ist es somit der Bundesregierung gelungen, daß bei der Neufassung des Ersten und auch beim Zweiten Wohnungsbaugesetz durch die von ihr in den Gesetzentwürfen vorgeschlagene ²¹⁾, etwas verklausulierte Formulierung und mit Zustimmung des Bundesrates der Rechtszustand Gesetz geworden ist, den sie schon in ihrem Entwurf des Ersten Wohnungsbaugesetzes a.F. vorgesehen hatte, der aber letztlich auf Betreiben des Bundesrates nicht in das Gesetz vom 24.4.50 ²²⁾ übernommen worden ist ²³⁾.

Im Gegensatz zu dem neugefaßten Ersten und dem Zweiten Wohnungsbaugesetz war dem Bundesminister für Wohnungsbau jedoch durch § 14 Abs. 1 des Ersten Wohnungsbaugesetzes a.F. vom 24.4.1950 ²²⁾ die Entscheidungsfreiheit bei der Verteilung der Bundesmittel auf die Länder genommen. Auch diese Bestimmung sah dabei ein Einvernehmen des Bundes mit den Ländern vor. Jedoch mußte dieses Einvernehmen unbedingt herbeigeführt werden, andernfalls nämlich schon "ein Land durch seinen Widerspruch die Verteilung

sondern die sich aus dem hier maßgeblichen föderalistischen Prinzip ergebende Regel der Einstimmigkeit gilt: BVerfG Bd. 1 S. 300, Leitsatz Nr. 7a, und S. 314/315.

20) vgl. dazu unten S. 89 ff.

21) BT-Drucksachen Nr. I/3946, S. 2/3, II/601, S. 5 Nr. 16 i.V.m. II/2270, § 19 (mit "zu Drucksache 2270", S. 7).

22) BGBl. I S. 83.

23) Vgl. BT-Drucksachen Nr. I/567, § 13 Abs. 1 ("im Benehmen mit den Ländern"), S. 35/36 rechte Spalte ("im Einvernehmen mit dem Bundesrat"), I/773, Nr. 1 ("im Einvernehmen mit den Ländern").

blockieren" ²⁴⁾ konnte. Dieses Gesetz enthielt keine dem neugefaßten Ersten und dem Zweiten Wohnungsbaugesetz entsprechende Regelung für den Fall, daß der Verteilungsvorschlag des Bundesministers für Wohnungsbau nicht die Zustimmung aller Länder fand. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in diesem Zusammenhang bei der Beurteilung dieses § 14 Abs. 1 mit Recht darauf hingewiesen, daß die Länder nach dem "im Bundesstaat geltenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des Föderalismus" zu "bundesfreundlichem Verhalten" rechtlich verpflichtet sind ²⁵⁾. Jedoch ändert dies nichts an der Tatsache, daß der Bundesminister für Wohnungsbau für die Verteilung der Bundesmittel unbedingt die Zustimmung aller Länder benötigte.

Soweit das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 14 Abs. 1 Erstes Wohnungsbaugesetz a.F. an Hand des Grundgesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft und für zulässig erachtet hat ²⁶⁾, kann man seinen Ausführungen wohl zustimmen. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht nicht die Frage untersucht, ob diese Bestimmung auch mit Art. 109 GG vereinbar war ²⁷⁾.

Nach dieser Verfassungsnorm sind Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbständig und voneinander unabhängig. Das bedeutet u.a., daß Bund und Länder in der "Gesamtheit der haushaltsmäßigen Vorgänge", bei der Bewirtschaftung der Haushaltseinnahmen und -ausgaben und damit auch bei "dem Vollzug von Einzelsausgaben" nicht

24) BVerfGE Bd. 1 S. 314.

25) Bd. 1 S. 315.

26) Bd. 1 S. 310; "Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit dieser Vorschrift bestehen nicht". Vgl. auch a.a.O. S. 310 f.

27) Auch seine Ausführungen Bd. 1 S. 307/308 enthalten keine entsprechende Prüfung.

"von der Zustimmung oder Mitwirkung des anderen Verfassungsteiles abhängig" sind ²⁸⁾. Diese haushaltswirtschaftliche Selbständigkeit muß um so mehr gewahrt sein, wenn in die Haushaltspläne Mittel aufgenommen werden, die in dem betreffenden Haushaltsjahr unbedingt verausgabt werden sollen, weil sie - wie z.B. auch nach § 1 Erstes Wohnungsbaugesetz a.F. - der fristgerechten Erreichung eines genau bestimmten Zieles dienen sollen ²⁹⁾.

So gesehen, dürfte § 14 Abs. 1 Erstes Wohnungsbaugesetz a.F. entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht mit dem Grundgesetz in Einklang gestanden haben. Eine abschließende Beantwortung dieser Frage muß jedoch dahingestellt bleiben, da sie dem Bereich des Finanzwesens mit seiner umfangreichen Sonderproblematik angehört und daher über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgeht ³⁰⁾. Nur hingewiesen sei noch darauf, daß auch Geiger ³¹⁾ gegenüber diesem Urteil des Bundesverfassungsgerichts Bedenken angemeldet hat. Allerdings erscheint ihm das Ergebnis möglicherweise doch noch vertretbar. Denn nach seiner Ansicht braucht der Bund solange "nicht mit dem Prinzip der 'Nichtverfügbarkeit' über Kompetenzen im Bundesstaat in Widerspruch" zu geraten, als er den Ländern Mitwirkungsrechte einräumt "innerhalb der nicht normgebundenen Verwaltung", innerhalb der "hoheitlichen Tätigkeit, die öffentliche Aufgaben erfüllt, ohne dazu einer gesetzlichen Grundlage zu bedürfen", weil z.B. der Bund als Leistungsträger auftritt, der den Ländern etwas gewährt, "ohne dazu von vornherein verpflichtet zu sein". Einer eingehenden Ausein-

28) Vialon, a.a.O. S. 195/196, ebenso Bühler in BK Art. 109 Erl. II.

29) vgl. in diesem Zusammenhang auch die Begründung der Bundesregierung in BT-Drucks. Nr. 1/3946, S. 13 zu § 14.

30) vgl. auch oben S. 51 ff und 69 f.

31) a.a.O. S. 303/304.

andersetzung mit diesen Ausführungen Geigers bedarf es hier nicht, da sie nicht die Bedenken auszuräumen vermögen, die sich aus Art. 109 GG gegen § 14 Abs. 1 des Ersten Wohnungsbaugesetzes a.F. ergeben. Denn es gibt keine vollkommen normfreie hoheitliche Verwaltung, da jede staatliche Tätigkeit insoweit stets normgebunden ist, als sie sich nie mit der Verfassung in Widerspruch setzen darf ³²⁾.

Die Untersuchungen dieses Kapitels führen demnach zu dem Ergebnis, daß es unbeschadet des Art. 89 Abs. 3 GG zumindest im Bereich des VIII. Abschnittes des Grundgesetzes schlechthin unzulässig ist, Maßnahmen des Bundes an die - unbedingt erforderliche - Zustimmung der Länder zu knüpfen.

32) Dies ist auch den Ausführungen von Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 18, entgegenzuhalten.

VI.

Zwei weitere Mischverwaltungsformen sind gegeben, wenn die Länder bestimmte Verwaltungsmaßnahmen nur auf Vorschlag des Bundes treffen oder umgekehrt der Bund nur auf Vorschlag der Länder nach außen tätig werden kann. Auch hier würde es sich um eine konkrete und entscheidend mitbestimmende Einschaltung des Bundes oder der Länder in die Verwaltungstätigkeit jeweils des anderen Verfassungspartners handeln.

Gerner ¹⁾ ist der Ansicht, daß "die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Regelungen vor allem nach den ... Gesichtspunkten zu beurteilen" ist, die für die Frage der Zulässigkeit von Weisungsrechten ausschlaggebend sind ²⁾. Für diese Auffassung spricht, daß die Ausübung von Vorschlags- und von Weisungsrechten nicht wie die Erteilung einer Zustimmung unbedingt eine vorherige Information der mitbeteiligten Stelle durch die nach außen zuständige Behörde erfordert und Vorschlag wie Weisung für den materiellen Inhalt der daraufhin ergehenden externen Maßnahmen von erheblicher Bedeutung sind.

Damit beginnen aber auch schon die Unterschiede zwischen den Mischverwaltungsformen der Vorschlags- und der Weisungsrechte. Während die weisungsberechtigte Behörde nicht in jedem ihr möglichen Fall eine Weisung erteilen muß, sondern die gesamte materielle Entscheidung der an sich weisungsgebundenen Behörde überlassen kann, bedeutet ein Vorschlagsrecht oder, noch klarer gesagt, ein Vorschlagserfordernis, daß die vorschlagsberechtigten Stelle in allen Fällen für jede von der anderen Behörde extern zu ergreifende Maßnahme in Form eines Vorschlags selbst eine Entschließung zu treffen hat und dafür auch ihrem Parlament verantwortlich ist. Aus

1) a.a.O S. 195.

2) Vgl. oben S. 49 ff.

diesem Grunde kann die vorschlagsabhängige anders als die weisungsgebundene Behörde auch niemals ohne die Mitwirkung und Mitentscheidung der anderen Stelle nach außen tätig werden. Bei der Einführung eines Vorschlagserfordernisses handelt es sich daher um eine Verfahrensregelung, die in jedem einzelnen Fall beachtet werden muß und mit der sich stets auch eine entscheidend mitbestimmende Einflußnahme auf die Verwaltungstätigkeit der extern zuständigen Behörde verbindet.

Da auf der anderen Seite die vorschlagsabhängige Behörde aber auch selbst für jede von ihr zu treffende Maßnahme in eigenparlamentarischer Verantwortlichkeit eine Entscheidung zu fällen hat, kann sie durch einen Vorschlag nicht wie durch eine Weisung zu einem bestimmten, widerspruchslosen externen Verhalten gezwungen werden. Vielmehr besitzt sie - in Übereinstimmung mit der Praxis - ein Remonstrationsrecht und ist darüber hinaus nach dem Wesen dieser Mischverwaltung auch nicht gehalten, auf einen Vorschlag hin überhaupt nach außen tätig zu werden.

Man kann daher nicht sagen, daß ein Vorschlagsrecht einem Weisungsrecht weitgehend ähnlich ist. Entspricht doch ein Tätigwerden auf einen Vorschlag hin auch nicht annähernd einem dem Bereich der Über- und Unterordnung angehörenden Handeln auf einen unbedingt zu befolgenden Befehl hin, sondern stellt es sich doch in jedem einzelnen Fall dar als ein einverständliches Handeln in der Ebene der Gleichordnung von Bund und Ländern. Als Mischverwaltungsform entspricht daher ein Vorschlagserfordernis in seiner verfassungsrechtlichen Problematik einem Einvernehmenserfordernis. Deshalb ist diese Mischverwaltung nach denselben verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, die oben ³⁾ bei der Erörterung wechselsei-

3) vgl. oben S. 57 ff, 67, 70 ff, 74, 76, 77 ff, 85.

tiger Zustimmungserfordernisse maßgebend waren. Die Mischverwaltungsformen wechselseitiger Vorschlagsrechte sind daher auch aus denselben Gründen nicht zulässig.

Da es sich bei den z.B. in § 12 Bergarbeiterwohnungsbaugesetz ⁴⁾ und in §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 5, 4 Abs. 1, 2, 3 und 4, 8 Abs. 4 und 10 Abs. 1 Schwerbeschädigtengesetz ⁵⁾ enthaltenen Vorschlagsrechten nicht um im Grunde unverbindliche Anregungen, sondern um entscheidende Voraussetzungen und mitbestimmende Einflußnahmen bei der Tätigkeit von Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder handelt, stehen diese Regelungen nicht mit dem Grundgesetz in Einklang. Aus denselben Gründen ist zu Recht auch das in § 9 a des Entwurfes eines Gesetzes zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vorgesehene Vorschlagsrecht ⁶⁾ nicht in das Gesetz vom 6.8.1955 ⁷⁾ übernommen worden.

4) vom 23.10.1951 (BGBl. I S. 865) / 30.11.1954 (BGBl. I S. 359).

5) vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389).

6) BT-Drucks. Nr. II/656.

7) BGBl. I S. 501, vgl. dort § 8.

VII.

- a) Sollte es angezeigt erscheinen, daß sich in bestimmten Einzelfällen Bund und Länder mit einer und derselben Angelegenheit befassen, so bliebe noch zu prüfen, ob dafür nicht bei der Regelung des Verwaltungsverfahrens wechselseitig vorgesehen werden kann, daß die extern zuständige Bundes- oder Landesbehörde sich mit der interessierten Landes- oder Bundesstelle vor der beabsichtigten Maßnahme ins Benehmen zu setzen hat. Rohwer-Kahlmann ¹⁾ erläutert treffend das Wesen dieser Mischverwaltungen, wenn er ausführt: " 'Benehmen' ist weniger als 'Einvernehmen', aber mehr als 'anhören'. Es erfordert, daß man sich gegenseitig darum bemüht, divergierende Ansichten auszugleichen. 'Benehmen' ist keine Zustimmung, es erfordert aber gegenseitige Beratung, Aussprache und Unterrichtung und letztlich den Versuch, eine Übereinstimmung zu erzielen. Die entscheidungsbefugte Behörde ist aber an die Stellungnahme der Behörde, mit der sie sich ins Benehmen setzen muß, nicht gebunden, sondern hat vielmehr in eigener Verantwortung zu entscheiden." Es ist also nicht so, wie Kötting ²⁾ und Gerner ³⁾ es sehen, daß "das Benehmen nur in der Anhörung" der anderen Stelle besteht ⁴⁾.

-
- 1) Kommentar, § 20 Rdnr. 10 mit weiterem Nachweis. Ebenso der Berichterstatter Dr. Andersen in der 116. BT-Sitzung vom 1.2.1951, Sten.Ber. S. 4411 C, und der 49. BR-Sitzung, Sten.Ber. S. 94 B, und das LAG Frankfurt/Main in BB 1953 S. 561, wo es ausführt: " 'Im Benehmen mit ...' ist mehr als bloße Benachrichtigung und auch als Benachrichtigung plus Anhörung ... 'Im Benehmen' bedeutet das Erfordernis einer gemeinsamen Besprechung und Beratung; im Gegensatz zu 'Einvernehmen' bedeutet es nicht gegenseitige Fühlungnahme bis zum Einverständnis ..."
- 2) DÖV 1955 S. 487.
- 3) a.a.O. S. 195.
- 4) zu dieser Mischverwaltung vgl. unten S. 95 ff.

Wenn durch diese Mischverwaltungen auch nicht wie bei Weisungs-, Einvernehmens- oder Vorschlagsrechten die Zuständigkeit und Freiheit der extern tätigen Bundes- oder Landesbehörde zur selbständigen und eigenverantwortlichen Entscheidung beeinträchtigt wird, so erscheint ihre Einführung andererseits doch nicht so uneingeschränkt und zweifelsfrei zulässig, wie es allgemein ⁵⁾ angenommen wird. Zunächst einmal ist für die Mischverwaltung eines Benehmens zwischen Bund und Ländern im Bereich der Auftragsverwaltung genausowenig Raum wie für ein Einvernehmens- oder Vorschlagsrecht. Da nämlich das generelle Weisungsrecht des Art. 85 Abs. 3 GG in jedem Fall voll gewahrt bleibt, kann der Bund seine mit einem Benehmenserfordernis verbundenen Möglichkeiten einer rechtlich nur schwachen Einflußnahme auf die Landesverwaltung jederzeit durch eine Weisung überspielen, falls die Länder nicht bereit sind, seinen Bedenken und Wünschen voll Rechnung zu tragen. Daher ist eine unbedingt ihrem Wesen entsprechende Handhabung auch dieser Mischverwaltung im Bereich des Art. 85 GG nicht gewährleistet ⁶⁾.

Für die Mischverwaltung eines Benehmenserfordernisses ist demnach nur noch bei der landeseigenen (Art. 84 GG) und der bundeseigenen (Art. 86 ff GG) Verwaltung Raum, bei der landeseigenen Verwaltung jedoch aus den soeben für den Bereich der Bundesauftragsverwaltung dargelegten und hier entsprechend anwendbaren Gründen nur insoweit, als die Bundesregierung nicht ein Einzelweisungsrecht nach Art. 84 Abs. 5 GG besitzt. Aber auch in diesem Rahmen erlangt sie eine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung immer noch dadurch, daß ein Benehmen sinnvollerweise nicht hergestellt werden kann, ohne daß die entscheidungsberechtigte Behörde

5) von Mangoldt, Art. 84 Erl. 2 S. 454, FöBlein, a.a.O. S. 1 Anm. 6, Kratzer, BVBl. 1958 S. 75, Köttgen, DÖV. 1955 S. 487, Gerner, a.a.O. S. 195.

6) vgl. die hier entsprechend einschlägigen Ausführungen oben S. 70 ff.

der zu beteiligenden Stelle nicht schon von sich aus hinreichende Auskunft über die Sache selbst und die beabsichtigten Maßnahmen gibt. Außerdem darf die extern zuständige Behörde in den von vornherein umrissenen Fällen nach außen nicht tätig werden, ohne sich vorher mit der anderen Stelle ins Benehmen gesetzt zu haben. Es handelt sich daher auch bei der Einführung eines Benehmenserfordernisses genau wie bei einem Einvernehmens- oder Vorschlagsrecht um eine Verfahrensregelung, die in jedem einzelnen Fall beachtet werden muß. Jedoch gewährt sie im Gegensatz zu den anderen genannten Mitwirkungsrechten nicht die Möglichkeit einer rechtlich entscheidend mitbestimmenden Einflußnahme auf die materielle Verwaltungstätigkeit der extern zuständigen Behörde. Für die Einführung dieser Mischverwaltung ist deshalb im Bereich der landeseigenen Verwaltung allein Art. 84 Abs. 1 GG maßgebend ⁷⁾. Da sich aus dieser Bestimmung ergibt, daß sie hier von seiten des Bundes aus ⁸⁾ - anders als bei der bundeseigenen Verwaltung ⁹⁾ - nur durch Rechtssatz ¹⁰⁾ und nicht auch durch allgemeine Verwaltungsvorschriften eingeführt werden könnte, würde ein unter Verstoß gegen die gesetzliche Verfahrensregelung ohne das erforderliche "Benehmen" erlassener Verwaltungsakt rechtswidrig und aufhebbar sein ¹¹⁾ ¹²⁾. Jedoch wird man aus allen

-
- 7) vgl. auch oben S. 59 ff.
 - 8) Durch die Länder könnte sie demgegenüber hier wie auch bei der autonomen landeseigenen Verwaltung (Art. 30 GG) durch Gesetz wie durch allgemeine Verwaltungsvorschriften eingeführt werden.
 - 9) vgl. Art. 86 Satz 1 GG.
 - 10) d.h. unmittelbar durch Gesetz oder durch eine in einem Gesetz vorgesehene Rechtsverordnung, vgl. Herrfahrdt, BK Art. 84 Erl. II 2, Haas, AÖR 80. Bd. S. 90.
 - 11) Wolff, a.a.O. S. 253, 264; zu weitgehend Forsthoff, Lehrbuch S. 218, wenn er auch in diesem Fall Nichtigkeit annehmen sollte. Vgl. auch Landmann-Giers-Proksch, a.a.O. S. 171/172 und insbes. den Hinweis a.a.O. S. 172 oben.
 - 12) Anders, wenn das Benehmenserfordernis nur auf einer innerdienstlichen Anordnung, z.B. einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift, beruht, vgl. OVG Lüneburg

diesen Gründen im Bereich der Art. 84 und 86 ff GG die Mischverwaltung eines wechselseitigen Benehmens-
erfordernisses nicht schlechthin für verfassungs-
widrig halten können, und zwar auch dann nicht, wenn
man berücksichtigt, daß durch das Grundgesetz gerade
bei der landeseigenen und noch mehr bei der bundes-
eigenen Verwaltung eine weitgehende Trennung von
Bund und Ländern vorgenommen worden ist. Denn die
rechtliche Außenwirkung eines Verfahrenserfordernis-
ses kann dann nicht von entscheidender Bedeutung für
die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Misch-
verwaltung sein, wenn es mehr oder weniger vom Zufall
abhängt, ob die Verfahrensregelung durch Gesetz oder
allgemeine Verwaltungsvorschriften erfolgt und damit
ein unter Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift er-
gangener Verwaltungsakt fehlerhaft ist oder nicht.
Als ein für die Beurteilung wesentliches Moment
kommt noch hinzu, daß die Bestimmung des gesamten
materiellen Inhalts der Verwaltungsakte und die sich
daran anknüpfende parlamentarische Verantwortlichkeit
bei einem Benehmenserfordernis anders als bei einem
Einvernehmens- oder Vorschlagsrecht stets eine aus-
schließliche Angelegenheit des Bundes oder der Länder
bleibt. Wird doch die Entscheidungs- und Handlungs-
freiheit der nach außen zuständigen Behörde durch die-
se Mischverwaltung rechtlich nicht beeinträchtigt.
Die Fehlerhaftigkeit der ohne das gesetzlich erforder-
liche Benehmen ergangenen Verwaltungsakte kann daher
keine weiter gehenden Folgen haben, als wenn diese sonst
einen Verfahrensmangel aufweisen würden, der ebenfalls
auf den materiellen Inhalt der Entscheidung selbst
keinen Einfluß hat. Aus demselben Grunde kann man
auch der mit dieser Mischverwaltung verbundenen Be-
richtspflicht keine verfassungsrechtlich ausschlagge-
bende Bedeutung beimessen.

Bd. 9 S. 460, Forsthoff, Lehrbuch S. 218, Wolff,
a.a.O. S. 253, Groebe, a.a.O. S. 762.

Da mit der Mischverwaltung eines Benehmenserfordernisses keine wirkliche Schmälerung der Bundes- oder Landeshoheit verbunden ist, entspricht sie auch sehr "dem im Begriff des Bundesstaates gegebenen Grundsatz einer 'schlichten' Zusammenarbeit, den das Grundgesetz im Fall der Amtshilfe ausdrücklich bestätigt hat" ¹³⁾. Sind doch in einem Bundesstaat Bund und Länder aus der gemeinsamen Zugehörigkeit zu demselben verfassungsrechtlichen "Bündnis" heraus im gegenseitigen wie im Interesse des Gesamtwohles rechtlich verpflichtet, "dem Wesen dieses Bündnisses entsprechend zusammenzuwirken" ¹⁴⁾, bei der Ausübung der ihnen formal zustehenden Kompetenzen aufeinander Rücksicht zu nehmen ¹⁵⁾, sich zu verständigen und "zur Wahrung ... der wohlverstandenen Belange" des Gesamtstaates und seiner anderen Glieder "beizutragen" ¹⁴⁾. Und zu der Frage, ob nach der Verfassung die Länder als solche an der bundeseigenen Verwaltung beteiligt werden können, hat das Bundesverfassungsgericht ¹⁶⁾ einmal ausgeführt: "Es entspricht der föderalistischen Struktur des Bundes, wenn er bei bestimmten Verwaltungsmaßnahmen" - unbeschadet des Art. 50 GG - "den Ländern als solchen oder Landesorganen ein mehr oder weniger weitreichendes Mitwirkungsrecht einräumt" und "weitere Formen der Einflußnahme der Länder auf die Bildung des Bundeswillens einführt, soweit nicht ausdrückliche Vorschriften des Grundgesetzes entgegenstehen oder Kompetenzen des Bundes ihrer Natur nach nicht beschränkbar sind" ¹⁷⁾.

13) Köttgen, DÖV. 1955 S. 487.

14) BVerfGE. Bd. 1 S. 315; vgl. auch BVerfGE. Bd. 1 S. 131 und Bd. 6 S. 361/362, von Mangoldt - Klein, Art. 20 Erl. III 3 b, Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 15 und 22.

15) BVerfGE. Bd. 4 S. 141/142.

16) BVerfGE. Bd. 1 S. 311.

17) Vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 50 Randnr. 1 ("Das Mitwirkungsrecht wird vor allem durch die Teilnahme der Länder (vermittels des Bundesrates) an der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes realisiert.") und Art. 20 Randnr. 18.

Da durch die hier behandelte Mischverwaltungsform keine Kompetenzen des Bundes oder der Länder beschnitten werden, wird man sie unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte im Bereich der landeseigenen und auch der bundeseigenen Verwaltung zwar nicht uneingeschränkt, wohl aber ausnahmsweise dann für zulässig zu halten haben, wenn für ihre Einführung ein besonderes Bedürfnis besteht¹⁸⁾. Dabei wird man unter entsprechender Anwendung des in Art. 84 Abs. 5 GG enthaltenen Gedankens diese Mischverwaltung wechselseitig dann als verfassungsgemäß anzusehen haben, wenn durch die Bundes- oder Landesverwaltung wesentliche Belange der Länder oder des Bundes berührt werden und deshalb ihre Berücksichtigung stärker gesichert sein muß.

Innerhalb dieser verfassungsmäßigen Schranken ist denn auch während der Beratung verschiedener Gesetzesentwürfe aus einer zunächst vorgesehenen unzulässigen Mischverwaltung auf Betreiben des Bundesrates ein wechselseitiges Benehmen geworden¹⁹⁾. Aber nicht nur auf Grund von Änderungsvorschlägen, sondern auch

18) vgl. auch dieselbe, im Zusammenhang mit einer anderen Mischverwaltungsform geäußerte Ansicht des BVerfG. (Bd. 1 S. 311) und von Fußlein (a.a.O. S. 4).

19) z.B. a) §§ 1 Abs. 2 und 2 Abs. 2 des Entw. eines Allgemeinen Eisenbahngesetzes, BT-Drucksachen Nr. I/1342, S. 2, I/1640, S. 2, I/1716 und I/1801, Gesetz vom 29.3.1951 (BGBl. I S. 225). Vorgesehen war ein Einvernehmen der Länder mit dem Bund, b) § 9 a des Entw. eines Ges. zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucksachen Nr. II/656, S. 5, II/1491 (§ 8), § 8 des Ges. vom 6.8.1955 (BGBl. I S. 501). Vorgesehen war ein Vorschlagsrecht des Bundes, c) §§ 53 Abs. 2 und 54 Abs. 3 des Entw. eines Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande, BT-Drucksachen Nr. II/831, S. 20 und 21, S. 59 Nr. 27 a, S. 60 Nr. 28 b; III/255 (§§ 53 Abs. 2, 54 Abs. 2). Vorgesehen war ein Einvernehmen des Bundes mit den Ländern.

von vornherein findet man in einigen Gesetzentwürfen diese Art einer Mischverwaltung ²⁰⁾.

Wenn die Mischverwaltung des "Benehens" rechtlich auch nicht so weit reichende Wirkungen hat wie ein Weisungs-, Einvernehmens- oder Vorschlagsrecht, so besteht doch auch bei ihr die berechtigte Aussicht, daß die beachtenswerten Interessen des Bundes oder der Länder hinreichend berücksichtigt werden. Denn da man gerade in einem Bundesstaat aufeinander angewiesen ist, werden - wie es auch die Praxis zeigt - Bund und Länder nicht so leicht die Meinungen und Wünsche des anderen Verfassungspartners unberücksichtigt lassen und es nach Möglichkeit vermeiden, ihn zu verstimmen. Diese Mischverwaltung kann daher in der Praxis leicht zu demselben Ergebnis führen, wie wenn statt des Benehens ein Einvernehmen vorgesehen wäre: Bei mangelnder Übereinstimmung von Bund und Ländern könnte die entscheidungsberechtigte Behörde nur zu leicht ihre beabsichtigte Maßnahme unterlassen. Auch aus diesem Grunde soll man daher diese Mischverwaltung auf die unbedingt wichtigen Fälle beschränken.

- b) In ihren Rechten, Pflichten und Wirkungen fast vollkommen deckungsgleich mit wechselseitigen Benehensanforderungen und daher rechtlich genauso zu beurteilen und in demselben Umfang zulässig und sinnvoll möglich sind

20) z.B. a) §§ 3 Abs. 4, 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 und 4, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 Abs. 4, 21 Abs. 1 des Entw. eines Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, BT-Drucks. Nr. I/3430; §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 4, 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 und 3, 9 Abs. 3 und 4, 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 des Gesetzes vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389),
b) Art. 1 Ziff. 2 des Entw. eines Gesetzes über die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen, BT-Drucks. Nr. II/272; § 4 der BT-Drucks. Nr. II/542 = § 4 des Gesetzes vom 26.6.1954 (BGBl. I S. 147).
c) vgl. auch oben S. 81/82 mit Anm. 20.

die Mischverwaltungen, bei denen Bundes- oder Landesbehörden vor bestimmten Maßnahmen interessierte Landes- oder Bundesstellen zu hören haben. Der einzige Unterschied besteht nur darin, daß diese Mischverwaltungen noch nicht einmal eine "gegenseitige Beratung und Aussprache" und auch nicht "letztlich den Versuch" erfordern, "eine Übereinstimmung zu erzielen" ²¹⁾. Die andere Behörde ist nämlich lediglich um ihre Meinung zu befragen, die dann zwar geprüft werden muß, jedoch nur nach Möglichkeit bei der nachfolgenden Entscheidung berücksichtigt werden soll ²²⁾. Es handelt sich daher um die schwächste für bestimmte Einzelfälle von vornherein vorgesehene Mischverwaltungsform, durch die die Interessen des Bundes oder der Länder Berücksichtigung finden sollen. Dennoch kann auch ihre Einführung aus den bei der Behandlung eines Benehmenserfordernisses vorgebrachten rechtlichen und praktischen Bedenken nur in wirklichen Ausnahmefällen verfassungsgemäß sein.

Die gesetzestechnischen Ausdrücke und auch die Arten dieser Mischverwaltung variieren etwas. Gleichbedeutend mit der Verpflichtung, die andere Stelle zu hören ²³⁾, ist es, wenn vor Erlaß einer Entscheidung die Stellung-

21) vgl. oben S. 89 mit Anm. 1.

22) vgl. auch die ausführlichen, mit weiterem Nachweis versehenen Erläuterungen in von Mangoldt-Klein, Art. 32 Erl. 4, 5 und 6, S. 783, zu dem verfassungsrechtlichen Beispiel dieser Mischverwaltungsform in Art. 32 Abs. 2 GG, ferner OVG Münster in DÖV 1958 S. 716.

23) z.B. in §§ 2 Abs. 1 und 8 Abs. 3 ("nach Anhörung") des Schwerbeschädigtengesetzes vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389) und in § 14 Abs. 3 des Güterkraftverkehrsgesetzes vom 17.10.1952 (BGBl. I S. 697, in der durch die Änderungsgesetze vom 3.6.1957, BGBl. I S. 593, und 26.6.1959, BGBl. I S. 399, geänderten Fassung).

nahme der anderen Behörde eingeholt werden soll ²⁴⁾, Diese Mischverwaltung kann aber auch noch dahin ausgestaltet werden, daß z.B. der Bund bei der Ausführung seiner Gesetze durch die Länder zur Wahrung seiner Belange Vertreter des Bundes- oder Finanzinteresses bestellt, die an dem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zu beteiligen sind. Anzutreffen ist diese Art der Mischverwaltung in dem Gesetz über die Abgeltung von Besetzungsschäden vom 1.12.1955 ²⁵⁾, in dem Bundesleistungsgesetz vom 19.10.1956 ²⁶⁾ und in dem Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung (Schutzbereichgesetz) vom 7.12.1956 ²⁷⁾. Da der Bund die Mittel, die für die in diesen Gesetzen vorgesehenen Ausgaben erforderlich sind, ganz oder teilweise bereitzustellen hat, ohne selbst die Verwaltungskompetenz zu besitzen, hat er ein berechtigtes Interesse, an den einzelnen Entscheidungen beteiligt zu werden. Soweit dabei seine Einschaltung nicht über ein Anhören ²⁸⁾, eine Stellungnahme oder eine Äußerung ²⁹⁾ des Vertreters des Bundesinteresses hinausgeht, handelt es sich um eine den praktischen Bedürfnissen entgegenkommende Ausgestaltung der hier behandelten Mischverwaltungsform. Denn der Bund übt auch hier keinen für die Entscheidung der extern zuständigen Landes- oder Kommunalbehörden verbindlichen

24) z.B. in § 16 Abs. 2 des o.g. Schwerbeschädigtengesetzes und in § 36 Abs. 2 Bundesbahngesetz vom 13.12.1951 (BGBl. I S. 955), ferner die unten S. 97 Anm. 29 genannten Gesetze.

25) BGBl. I S. 734: §§ 45, 49, 51.

26) BGBl. I S. 815: §§ 56 ff.

27) BGBl. I S. 899: §§ 18 ff., 24 f.

28) § 49 Abs. 2 des o.g. Ges. über die Abgeltung von Besetzungsschäden.

29) § 51 Abs. 3 i.V.m. § 56 des o.g. Bundesleistungsgesetzes und § 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 2 des o.g. Schutzbereichsgesetzes.

Einfluß aus ³⁰⁾, auch nicht dadurch, daß der Vertreter des Bundesinteresses als Verfahrensbeteiligter gegen die Entscheidungen der unteren oder mittleren Verwaltungsbehörden Beschwerde oder Einspruch einlegen kann ³¹⁾. Durch dieses Widerspruchsrecht sollen lediglich die beachtenswerten Interessen des Bundes in zulässiger Weise eine stärkere Berücksichtigung finden können, ohne daß dadurch die Entscheidungsfreiheit und Alleinverantwortlichkeit der extern zuständigen Kommunal- und Landesbehörden irgendwie beeinträchtigt wird. Denn im Gegensatz zu der angefochtenen Entscheidung ist der Vertreter des Bundesinteresses als Rechtsmittelführer an dem Einspruchs- oder Beschwerdeentscheid überhaupt nicht beteiligt.

30) Wegen der weiter gehenden, möglicherweise unzulässigen Regelung in § 51 Abs. 2 des o.g. Gesetzes über die Abgeltung von Besatzungsschäden vgl. oben S. 69/70 mit Anm. 42.

31) vgl. § 52 des o.g. Gesetzes über die Abgeltung von Besatzungsschäden, § 57 i.V.m. § 56 des o.g. Bundesleistungsgesetzes und § 24 i.V.m. § 18 Abs. 2 des o.g. Schutzbereichgesetzes.

VIII.

Eine Mischverwaltung liegt auch dann vor, wenn Bund und Länder einander von sich aus gelegentlich und ohne dazu im einzelnen Fall von vornherein durch ein Spezialgesetz verpflichtet zu sein, intern und unverbindlich und ohne daß damit irgendeine rechtliche Außenwirkung verbunden ist, durch Anfragen und Besprechungen in ihre Verwaltungstätigkeit einschalten. Hierhin gehören die Fälle, daß der eine Verfassungspartner sich die Kenntnisse und Erfahrungen des anderen auf einem bestimmten Gebiet zunutze machen will. Gegen diese der Amtshilfe (Art 35 GG) angenäherte Form der Mischverwaltung können verfassungsrechtliche Bedenken nicht erhoben werden. - Eine solche gegenseitige Einschaltung kann aus den schon an anderer Stelle ¹⁾ gebrachten Gründen, die man unter dem Begriff der "Bundestreue" zusammenzufassen hat, verfassungsrechtlich sogar manchmal geboten sein. Erfordert doch das Wesen eines Bundesstaates, daß Bund und Länder bei der Ausübung ihrer Kompetenzen aufeinander Rücksicht nehmen.

1) oben S. 93.

IX.

Anhang: Die Problematik der Mischverwaltung beim
Abschluß von Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen.

An einer Vielzahl von Beispielen und Hinweisen hat Schneider ¹⁾ deutlich gemacht, wie sich auf den verschiedensten Sachgebieten "in und neben den Bereich des gesetzlich fixierten deutschen Staats- und Verwaltungsrechts" seit 1949 ein immer weitläufigeres, durch Staatsverträge und Verwaltungsabkommen ²⁾ geschaffenes "Vertragsrecht schiebt" ³⁾. So ist es nicht verwunderlich, daß sich darunter auch Vereinbarungen finden, die die Einführung von Mischverwaltungen vorsehen.

Nach dem Inhalt der zwischen dem Bund und den Ländern geschlossenen Vereinbarungen zu urteilen, muß vor allem in der Praxis ⁴⁾ vielfach die Auffassung vorherrschen, daß Staatsverträge und Verwaltungsabkommen ein verfassungsrechtliches Eigenleben führen und nicht unbedingt den sonst für die Zulässigkeit irgendwelcher Regelungen geltenden strengen Anforderungen des Grundgesetzes unterworfen sind. Auch von Mangoldt ⁵⁾ ist der Ansicht, daß die Länder - und sicherlich auch der Bund - durch frei geschlossene Vereinbarungen auf einen Teil ihrer Hoheitsrechte verzichten können. Die Folge wäre, daß Bund und Länder auf diese Weise praeter oder gar contra constitutionem die Kompetenzverteilung zwischen sich regeln könnten.

1) DÖV 1957 S. 644 f mit Anm. 3 bis 16.

2) vgl. dazu im einzelnen Haas, AÖR 78. Bd. S. 387 ff, Maunz, Staatsrecht S. 199/200 und 261 ff, Schneider, DÖV 1957 S. 646 ff. Dazu, daß nach dem GG die Länder untereinander und mit dem Bund grundsätzlich solche Vereinbarungen schließen können, vgl. von Mangoldt-Klein, Art. 20 Erl. III 3 d und Art. 32 Erl. VII.

3) Schneider, DÖV 1957 S. 644.

4) vgl. aber auch Kratzer, DÖV 1950 S. 535, Böhm, a.a.O. S. 747, Starke, a.a.O. S. 104.

5) Art. 91 Erl. 4 S. 489.

Gegen diese Auffassung spricht, daß nach den Art. 30, 83 und 79 Abs. 1 GG jede Änderung der im Grundgesetz vorgenommenen Verteilung der verfassungsmäßigen Rechte einer - nur ausnahmsweise gegebenen - verfassungsrechtlichen Autorisierung oder einer Verfassungsänderung bedarf ⁶⁾. Dieser und der damit zusammenhängende Satz, daß Hoheitsrechte, externe Zuständigkeiten und interne Befugnisse grundsätzlich nicht verzichtbar und nicht übertragbar sind ⁶⁾, kann sinnvollerweise aber nicht nur bei den einseitig durch den Bund oder die Länder erfolgenden Maßnahmen, sondern muß aus denselben Gründen genauso auch bei dem Abschluß von Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen Geltung haben. Auch sie haben mit der verfassungsmäßigen Ordnung in Einklang zu stehen; in gleichem Maße bildet auch hier die Verfassung die Grenze für die zulässige Realisierung der beabsichtigten Regelungen ⁷⁾. Andernfalls wäre nämlich die der verfassungsmäßigen Ordnung im Grundgesetz verliehene erhöhte Bestandsgarantie ⁸⁾ weitgehend unwirksam. Denn, wie die Praxis zeigt, drohen der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung gerade bei dem Abschluß von Vereinbarungen erhebliche Gefahren ⁹⁾. Da nämlich hier im Gegensatz zu der Situation bei Erlaß von Bundesgesetzen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften Bund und Länder als solche beteiligt sind, besteht aus den verschiedensten Gründen nur zu leicht die Bereitschaft, in Kompetenzverschiebungen einzuwilligen.

6) vgl. oben S. 41 ff und S. 41 Anm. 33.

7) Maunz-Dürig, Art. 20 Randnr. 17 (demgegenüber aber in ihrer Bedeutung nicht ganz klar Randnr. 18), BT-Abg. Dr. Menzel in der 97. BT-Sitzung der 1. Wahlperiode, Sten.Ber. S. 3541 D/3542 A, 3559 A, vgl. auch Bundesinnenminister Dr. Lehr in derselben Sitzung S. 3544 D, von Lex, in Festschrift S. 133; wenn auch nicht ganz eindeutig, so im Ergebnis doch auch Köttgen, JöR.Bd. 3 S. 97/98.

8) vgl. oben S. 23.

9) vgl. die nachstehend gebrachten Beispiele und den Hinweis des BT-Abg. Dr. Menzel in der 97. BT-Sitzung der 1. Wahlperiode, Sten.Ber. S. 3541 D/3542 A.

Bei dieser Beurteilung der verfassungsrechtlichen Lage erscheinen die in der Verwaltungsvereinbarung über die Abgrenzung der Verwaltungsbefugnisse zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der zivilen Luftfahrt vom 31.12.1952 ¹⁰⁾ zahlreich vorgesehenen Fälle eines wechselseitigen Einvernehmens zwischen Bund und Ländern aus den oben ¹¹⁾ gebrachten Gründen nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Dem entspricht, daß die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen auch von verschiedenen Bundesländern nachdrücklich bestritten worden ist ¹²⁾.

Diese Vereinbarung wird jedoch in einiger Zeit in Verbindung mit einer Verfassungsänderung durch eine bundesgesetzliche Regelung abgelöst werden ¹³⁾. Zu hoffen bleibt dabei nur, daß sie nicht als politisches Kompromiß der schon aufgetretenen, erheblich voneinander abweichenden Auffassungen des Bundes und der Länder bei der Verteilung der beiderseitigen Verwaltungskompetenzen auf dem Gebiet der Zivilluftfahrt ¹⁴⁾ Fälle unzulässiger Mischverwaltungen enthalten wird.

Unter dem Gesichtspunkt der Mischverwaltung erscheinen auch bedenklich die in Ziff. 3, 4 und 6 des Verwaltungsabkommens über die Durchführung der Aufgaben auf dem Gebiet der Besatzungslasten vom 16.3.1950 ¹⁵⁾ und in Ziff. 2 und 3 Abs. 1 des Abkommens über die Durch-

10) Verkehrsblatt 1955 S. 379.

11) S. 57 ff und S. 77 ff.

12) vgl. "Die Welt" vom 8.10.1959, S. 7 ("Die Verwaltung des Luftverkehrs wird neu geordnet"), "Frankfurter Allgemeine Zeitung" vom 10.10.1959, S. 3 ("Streit zwischen Bund und Ländern über den Luftverkehr").

13) vgl. BT-Drucksachen Nr. III/1534 und III/1535, ferner "Frankfurter Allgemeine Zeitung" vom 28.1.1960, S. 3 ("Der Bund soll Luftverkehr verwalten").

14) vgl. BT-Drucksachen III/1534 Anl. 1 und 3 gegenüber Anl. 2, III/1535 Anl. 1 und 3 gegenüber Anl. 2, Sten.Ber. über die 210. BR-Sitzung, S. 191 B ff.

15) Min.Bl.Fin. S. 202.

führung von Verwaltungsaufgaben auf dem Gebiet der Verteidigungslasten einschließlich der Besatzungslasten vom 23.3.1953 ¹⁶⁾ getroffenen Regelungen. Da diese Verwaltungsabkommen jedoch ausschließlich dem Finanzbereich angehören, soll es hier unerörtert bleiben, ob dem Bund die ihm in diesen Bestimmungen zugestandenen Rechte überhaupt ohne Beteiligung des Gesetzgebers eingeräumt werden konnten und ob sie ihrem Inhalt nach mit dem Grundgesetz vereinbar sind ¹⁷⁾. Nur sei noch darauf hingewiesen, daß es sich in diesen beiden Abkommen im Ergebnis um die weitgehende Einführung einer neuen Bundesauftragsverwaltung handelt, obwohl "der Kreis möglicher Auftragsverwaltungen verfassungsrechtlich geschlossen" ist ¹⁸⁾.

Zu diesem Kreis gehört auch Art. 89 Abs. 2 GG, nach dem der Bund den Ländern auf Antrag die Verwaltung der Bundeswasserstraßen als Auftragsverwaltung übertragen kann. Von dieser Möglichkeit haben der Bund und die Länder Schleswig-Holstein und Niedersachsen in Vereinbarungen über die Ausübung der schiffahrtspolizeilichen Vollzugsaufgaben auf den Binnengewässern des Bundes und auf See bis zur Hoheitsgrenze Gebrauch gemacht ¹⁹⁾. Der Inhalt dieser Vereinbarungen ist - soweit hier von Interesse - allerdings nur dann in vollem Umfang verfassungsrechtlich haltbar, wenn die teilweise schon in den Präambeln zum Ausdruck kommende Auffassung zutrifft, daß zu den Bundeswasserstraßen nicht nur die Binnenge-

16) Min.Bl.Fin. S. 763.

17) vgl. oben S. 51 ff, 69 f, 82 ff.

18) Köttgen, JöR Bd. 3 S. 92 (vgl. andererseits jedoch seine dazu nicht ganz widerspruchsfreien Ausführungen a.a.O. S. 95 unter bb) und in DÖV 1955 S. 489/490), von Mangoldt, Art. 85 Erl. 2 S. 461, Herrfahrdt in BK Art. 85 Erl. II 1, Seifert-Geeb, zu Art. 85 S. 153.

19) a) Vereinbarung vom 14.12.1954/15.7.1955 mit zustimmendem Landesgesetz vom 15.7.1955 (Schl.-H. GVBl. S. 137),

b) Vereinbarung vom 6.4./21.4.1955 mit zustimmendem Landesgesetz vom 23.12.1955 (Nds.GVBl. S. 293).

wässer des Bundes ²⁰⁾, sondern auch sämtliche Küstengewässer gehören und der Bund auf dem Gebiet der Seeschifffahrt neben den ihm durch das Gesetz vom 22.11.1950 ²¹⁾ zugewiesenen Aufgaben auch Zuständigkeiten aus der Natur der Sache besitzt. Kann man dieser vom Bund ²²⁾ vertretenen Ansicht jedoch nicht folgen, so sind die beiden Vereinbarungen jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als sich die Länder durch einen unzulässigen Verzicht auf verfassungsmäßige Rechte in der Wahrnehmung ausschließlich landeseigener Aufgaben Ermittlungs- und Vollzugsaufträgen (= Weisungsrechten) des Bundes unterstellt (§ 5) und damit ohne verfassungsrechtliche Autorisierung in eine Mischverwaltung eingewilligt haben.

Neben vereinbarten Auftragsverwaltungen i.S. des Art. 85 GG trifft man in der Praxis auch den umgekehrten Fall einer vereinbarten Auftragsverwaltung des Bundes nach Weisung der Länder. Soweit ersichtlich, wurde diese Entwicklung eingeleitet durch § 5 Abs. 1 Satz 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29.3.1951 ²³⁾ in Verbindung mit § 51 des Bundesbahngesetzes vom 13.12.1951 ²⁴⁾. Nach diesen Bestimmungen hat die Deutsche Bundesbahn auf Antrag eines Landes ganz oder teilweise Geschäfte der Landesverkehrsverwaltung, insbes. der Eisenbahnaufsicht über die nicht zum Netz der Deutschen Bundesbahn gehörenden Eisenbahnen, nach den Weisungen und für Rechnung dieses Landes zu übernehmen. Der Wortlaut dieser Paragraphen und die offizielle Überschrift des § 51 Bundes-

20) so von Mangoldt, Art. 89 Erl. 4 S. 481.

21) BGBl. S. 767, mit Änderungen durch Gesetz vom 22.12.1953 (BGBl. II S. 603) und Ges. vom 8.10.1957 (BGBl. II S. 1469).

22) laut Auskunft des Ministers für Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein.

23) BGBl. I S. 225.

24) BGBl. I S. 955.

bahngesetz, die den vom Grundgesetz (Art. 89 Abs. 2 Satz 3) für den umgekehrten Fall verwendeten Ausdruck "Auftragsverwaltung" trägt, vermitteln das Bild einer ganz bestimmten, hier nur entsprechend abgewandelten Verwaltungsform, wie sie von Art. 85 GG her bekannt ist. Es ist daher an sich davon auszugehen, daß bei § 5 Allgemeines Eisenbahngesetz und § 51 Bundesbahngesetz an eine Delegation von Kompetenzen der Länder auf den Bund, an eine Änderung der im Grundgesetz vorgenommenen Verteilung der externen Zuständigkeiten und internen Befugnisse und an die Einführung einer neuen - fünften ²⁵⁾ - Verwaltungsform verbunden mit einer Mischverwaltung gedacht ist. Da das Grundgesetz jedoch nicht die dafür erforderliche Autorisierung enthält, müßte man diese Bestimmungen an sich als verfassungswidrig ansehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch einmal den Leitsatz aufgestellt, daß "ein Gesetz nicht verfassungswidrig" ist, "wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt" ²⁶⁾. § 5 Allgemeines Eisenbahngesetz und § 51 Bundesbahngesetz wollen vermeiden, daß die Länder im Bereich des Landeseisenbahnwesens einen technischen und Verwaltungsapparat aufziehen müssen, dessen Kosten nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben stehen. Dieser Zweck läßt sich auch dann noch erreichen, wenn man die beiden Bestimmungen nicht unbedingt dahin versteht, daß damit wirkliche Kompetenzverschiebungen beabsichtigt sind, sondern so, daß die Bundesbahn verpflichtet sein soll, den Ländern für die Ausübung der Eisenbahnaufsicht auf Antrag ihren technischen und Verwaltungsapparat zur Verfügung zu stellen und ihnen insoweit auch ihre Bediensteten in Organleihe zu überlassen.

25) vgl. oben S. 22.

26) BVerfGE Bd. 2 S. 267; vgl. auch OVG Berlin in DVBl. 1959 S. 518.

Einer solchen Auslegung und Praxis stehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Denn dadurch wird eine verfassungswidrige Delegation von Zuständigkeiten vermieden, da die Kompetenz voll und ganz bei den Ländern bleibt. Andererseits erteilen die Länder in diesem Falle auch kein generelles Mandat, das als Formenmißbrauch der Verwaltung heute ebenfalls unzulässig ist ²⁷⁾. Kraft der Organleihe wird nämlich der jeweilige Bedienstete der Bundesbahn in Ausübung der Landesaufgaben funktionell nicht als Bundesbediensteter, sondern als Landesbediensteter im Namen des Landes tätig. Deshalb ist es in diesem Fall auch selbstverständlich, daß die Ausübung der Eisenbahnaufsicht nach Weisung und für Rechnung des Landes zu erfolgen hat.

Dieser verfassungskonformen Auslegung der §§ 5 Allgemeines Eisenbahngesetz und 51 Bundesbahngesetz entsprechen im wesentlichen auch die im Anschluß an diese Bestimmungen zwischen einzelnen Ländern und der Deutschen Bundesbahn geschlossenen Abkommen ²⁸⁾. Die zuständigen Bundesbahndirektionen führen - auch im Siegel - in Durchführung der Aufsichtsaufgaben die Bezeichnung "Der Landesbevollmächtigte für Bahnaufsicht bei der Eisenbahndirektion ..." (A VI). Außerdem verkehren die Landesbevollmächtigten unmittelbar mit dem zuständigen Landesminister für Wirtschaft und Verkehr (A X). Und dieser

27) OVG Münster in dem - soweit ersichtlich - unveröffentlichten Urteil vom 13.2.1957 - IV A 650/54 -, Obermayer, a.a.O. S. 628 f unter IV 3 und 5 und V 2.

28) Verwaltungsabkommen zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der Deutschen Bundesbahn über die Durchführung der Aufsicht über die nicht zum Netz der Deutschen Bundesbahn gehörenden Eisenbahnen vom 11.12.1951/28.12.1951 (Min.Bl. NW 1952 Spalte 93); ferner die nur auszugsweise bekanntgemachten entsprechenden Vereinbarungen zwischen Schleswig-Holstein bzw. Niedersachsen und der Deutschen Bundesbahn (Amtsbl. Schl.-H. 1952 S. 162 und Min.Bl. Nds. 1954 S. 423).

kann ihnen Weisungen erteilen und ihre Entscheidungen aufheben oder abändern (A XI).

Angesichts dieser Regelungen wird man den Formulierungen in A I und A VI ²⁹⁾ dieser Abkommen keine der verfassungskonformen Auslegung unbedingt widersprechende verfassungsrechtliche Bedeutung beimessen dürfen, sondern in ihnen lediglich eine unscharfe Ausdrucksweise zu sehen haben.

Anders als diese Abkommen über die Bahnaufsicht widerspricht das aus praktischen Erwägungen ³⁰⁾ zwischen dem Bund und dem Land Nordrhein-Westfalen geschlossene Abkommen über die Wahrnehmung von Landesaufgaben an den Bundeswasserstraßen im Lande Nordrhein-Westfalen vom 29.9./31.10.1956 ³¹⁾ in jedem Fall dem Grundgesetz. Denn dadurch ist - auch nach der Praxis - in autonomen landeseigenen Angelegenheiten eine Auftragsverwaltung des Bundes nach Weisung des Landes und damit ohne verfassungsrechtliche Autorisierung eine neue - fünfte - Verwaltungsform verbunden mit einer Mischverwaltung und einer Änderung der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung eingeführt worden. Nach ihrer ganzen Abfassung bietet diese Vereinbarung auch nicht die Möglichkeit, durch eine der oben gebrachten verfassungskonformen Auslegung entsprechende Interpretation noch für zulässig erachtet werden zu können.

-
- 29) A I: "Das Land ... überträgt die eisenbahntechnische Aufsicht ... der Deutschen Bundesbahn. Die Deutsche Bundesbahn übernimmt die Aufsicht ..."
A VI: "Die Deutsche Bundesbahn übt die ihr übertragenen Befugnisse durch die ... zuständigen Eisenbahndirektionen aus ..."

30) Landtag NW, 3. Wahlperiode, Bd. III, Drucks. Nr. 500, S. 4.

31) GVBl. NW S. 225, mit zustimmendem Landesgesetz vom 29.7.1957.

In Zusammenhang mit den Vereinbarungen über Materien der autonomen landeseigenen Verwaltung sei auch das von dem Bund mit allen Ländern bis auf Niedersachsen geschlossene "Verwaltungsabkommen über die Errichtung von Bereitschaftspolizeien der Länder" ³²⁾ erwähnt. Ob die in diesem Abkommen zahlreiche vorgesehenen Fälle an sich verfassungswidriger Mischverwaltungen ³³⁾ dennoch zulässig sind, läßt sich entgegen der Ansicht von v. Mangoldt ³⁴⁾ nur danach beurteilen, inwieweit die verfassungsrechtliche Ausnahmebestimmung des Art. 91 GG es gestattet, im Bereich des zur Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit der Länder gehörenden Polizeiwesens die Landesautonomie beeinträchtigende Sonderregelungen zu treffen ³⁵⁾.

Die vorstehende Behandlung einiger Vereinbarungen läßt erkennen, daß nach der hier vertretenen Auffassung eine Mischverwaltung durch Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen nur in demselben Umfang wie durch einfache Gesetze oder allgemeine Verwaltungsvorschriften eingeführt werden kann. Es ergeben sich daher bei dem Abschluß von Vereinbarungen insoweit keine besonderen Probleme. Nur hingewiesen sei noch darauf, daß, soweit es überhaupt durch Vereinbarungen möglich ist, nicht alle Materien durch Verwaltungsabkommen geregelt werden können, wohl aber durch Staatsverträge, da diese der Zustimmung des Gesetzgebers in Form eines Gesetzes bedürfen ³⁶⁾.

32) in der Fassung vom 27.10.1950, abgedruckt bei Schneider, Polizeirecht, 13. Aufl., München-Berlin 1957, S. 644 ff.

33) vgl. Ziff. 1 Satz 3, 2 Abs. 2 Satz 2, 2 Abs. 3, 3, 5, 6 und 8.

34) Art. 91 Erl. 4 S. 489 = oben S. 100 mit Anm. 5.

35) vgl. dazu von Mangoldt, Art. 91 Erl. 4 S. 489 und die dort zitierten Meinungen, von Lex, in Festschrift S. 133 f.

36) vgl. Art. 59 Abs. 2 GG und Maunz, Staatsrecht S. 200 und 263 unter c.

C.

Die Fortgeltung vorkonstitutioneller Mischverwaltungen.

Die Problematik einer Mischverwaltung tritt nicht nur innerhalb des nachkonstitutionellen Rechts auf. Denn trotz der seit 1949 verstrichenen Zeit bestimmen auch heute noch in beträchtlichem Umfang Gesetze aus vorkonstitutioneller Zeit als fortgeltendes, aber noch nicht "flurbereinigtes" Bundes- oder Landesrecht unsere Verwaltungspraxis. Nicht selten enthalten diese Bestimmungen Verwaltungsformen, die man heute mit dem Ausdruck "Mischverwaltung" bedenkt. Nachdem diese Vorschriften jedoch "über Jahrzehnte hinweg klaglos angewandt worden sind, besteht für die Gegenwart keinerlei Recht zu ihrer kritischen Überprüfung am Maßstab der ursprünglichen Verfassungslage" ¹⁾. Den Maßstab für ihr Fortgelten bildet vielmehr allein das Grundgesetz.

Auszugehen ist dabei von der Grundregel des Art. 123 Abs. 1 GG, nach der Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages fortgilt, "soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht", und die durch die folgenden Artikel, insbesondere durch die in diesem Zusammenhang interessierenden Art. 128 und 129 GG, noch in verschiedener Hinsicht ergänzt wird. Art. 123 GG allein gibt also für den Einzelfall keine unmittelbare Antwort auf die Frage, ob vorkonstitutionelles Recht und die darin enthaltenen Mischverwaltungsformen fortgelten. Vielmehr ist nach der in dieser Bestimmung enthaltenen Verweisung auf das gesamte Grundgesetz genau wie bei allen nachkonstitutionellen Mischverwaltungsprojekten an

1) Köttgen, DÖV 1955 S. 489; vgl. auch Hamann, Art. 123 Erl. C 3, Holtkotten in BK Art. 123 Erl. II, zu Art. 123 Abs. 1, Ziff. 8, von Mangoldt, Art. 123 Erl. 3 S. 624, Seifert-Geeb, zu Art. 123 S. 176, Maunz, Staatsrecht S. 180.

Hand der einschlägigen Regelungen des Grundgesetzes, der der Verfassung zugrunde liegenden Rechtsauffassung und der sie tragenden Grundsätze jede frühere Mischverwaltung daraufhin zu überprüfen, ob überhaupt und inwieweit sie mit dem Grundgesetz vereinbar ist ²⁾. Es gelten daher bei einer solchen Untersuchung dieselben Gesichtspunkte, die oben bei der Erörterung nachkonstitutioneller Mischverwaltungen herausgearbeitet worden sind ³⁾.

Dieser Satz muß jedoch eine Einschränkung erfahren: Vorkonstitutionelles Recht und vorkonstitutionelle Mischverwaltungen gelten nur dann nicht mehr fort, wenn sie dem Grundgesetz inhaltlich, materiell widersprechen. Unschädlich ist und muß sein, ob sie auch den formellen Erfordernissen genügen, die das Grundgesetz für die nachkonstitutionelle Zeit aufstellt ⁴⁾. Denn die früher erlassenen Gesetze können einfach den besonderen Formvorschriften des Grundgesetzes nicht immer entsprechen. "Wären sie allein deswegen außer Kraft getreten, dann wären in einem so weiten Umfang Gesetzeslücken entstanden, daß es dem Gesetzgeber unmöglich gewesen wäre, sie so schnell zu schließen, wie es für die Aufrechterhaltung eines geordneten Lebens in einer Gemeinschaft erforderlich gewesen wäre. Diesen Zustand kann der Verfassungsgesetzgeber nicht gewollt haben." ⁵⁾

2) vgl. Hamann, Art. 123 Erl. A/B und C 4, von Mangoldt, Art. 123 Erl. 3 S. 624, Seifert-Geeb, zu Art. 123 S. 176.

3) vgl. auch Maunz, Staatsrecht S. 195, unter 5 a, und S. 201, unter 10 a.E. Wegen einzelner vorkonstitutioneller Beispiele vgl. Dapprich, a.a.O. S. 472 f, und Köttgen, DÖV 1955 S. 489/490, dem jedoch nicht in allem zugestimmt werden kann.

4) BVerfGE Bd. 2 S. 122, Bd. 4 S. 236 f, Hamann, Art. 123 Erl. C 4, von Mangoldt, Art. 123 Erl. 3 S. 623, Maunz, Staatsrecht S. 180, vgl. auch von Mangoldt-Klein, Art. 14 Erl. VII 8c; ohne nähere Begründung a.A. Holtkotten in BK Art. 123 Erl. II, zu Art. 123 Abs. 1, Ziff. 6.

5) BGHZ Bd. 5 S. 54 f.

Diese Auslegung des Art. 123 Abs. 1 GG steht nicht in Widerspruch zu Art. 128 GG. Nach dieser Bestimmung bleiben in fortgeltendem und von den Ländern nach Art. 84 GG auszuführendem Bundesrecht vorgesehene Weisungsrechte im Sinne des Art. 84 Abs. 5, d.h. Weisungsrechte, die denen des Art. 84 GG materiell entsprechen, bis zu einer anderweitigen gesetzlichen Regelung bestehen. Art. 128 GG enthält keine Ausnahme von Art. 123 GG, sondern bedeutet im Bereich des fortgeltenden Rechts für einen besonders wichtigen, weil von der verfassungsrechtlichen Vergangenheit ⁶⁾ abweichenden Problemkreis nur eine ausdrückliche Klarstellung des in Art. 123 Abs. 1 GG enthaltenen allgemeinen Gedankens ⁷⁾.

Darauf, daß die vorkonstitutionellen Weisungsrechte "nur cum grano salis den Bedingungen des Art. 84 Abs. 5 entsprechen" ⁸⁾ können, hat man schon bei der Abfassung des Art. 128 GG weitgehend Rücksicht genommen. Dennoch müssen auch diese Befugnisse, um fortbestehen zu können, den Essentialia der nachkonstitutionellen Weisungsrechte des Art. 84 GG entsprechen. Denn anders kann man die Worte des Art. 128 GG "im Sinne des Art. 84 Abs. 5" nicht verstehen.

Da die Weisungsrechte des Art. 84 GG ein Mittel der Bundesaufsicht über die Länder sind ⁹⁾, müssen nach Art. 128 GG auch die älteren Weisungsrechte einer Zeit entstammen, die ebenfalls eine bundesstaatliche Struktur aufwies und insofern der heutigen verfassungsrechtlichen Situation glich. "Das Gebilde, dessen Organe

6) vgl. dazu oben S. 49/50.

7) Gegenüber der andersartigen Betrachtungsweise von Hamann, Art. 128, ist zu bemerken, daß jedes zentralstaatliche Weisungsrecht "unitarisch" ist.

8) Köttgen, JÖR Bd. 3 S. 87, vgl. auch ders. DÖV 1955 S. 489.

9) vgl. oben S. 50 mit Anm. 5.

weisungsbefugt sind", muß "qualitativ verschieden" sein "von den Gebilden, deren Organe als Weisungsadressaten in Frage kommen. Insofern haben die Befugnisse zur Erteilung von Weisungen einen (ganz bestimmten) materiell-verfassungsrechtlichen Charakter"¹⁰⁾. Deshalb gelten unter dem Grundgesetz die aus der einheitsstaatlichen Periode des Dritten Reiches herrührenden Weisungsrechte nicht mehr fort¹⁰⁾. Sie sind nämlich nicht wie in einem Bundesstaat als ein Mittel der Bundesaufsicht ausdrücklich begründet worden, sondern waren der damaligen Staatsstruktur immanent und deshalb als Ausfluß der Dienstaufsicht und Behördenhierarchie rechtlich ganz anders geartet. War doch das Reich damals "eine durchgängige Verwaltungseinheit" und "alle Verwaltung Ausdruck der Reichsgewalt", bei der "die Landesverwaltung nur mehr eine besondere Form der Reichsverwaltung" war; jeder "substantielle Unterschied von Landes- und Reichsverwaltung" war "beseitigt worden"¹¹⁾.

Die Gleichschaltung der Länder mit dem Reich, ihre Eingliederung in das Reich war aber nicht nur für den Rechtscharakter der erst in dem Einheitsstaat "begründeten" Weisungsrechte bedeutsam. Vielmehr verloren durch diese grundlegende Änderung der Staatsstruktur auch die in der Zeit vor 1933 begründeten Weisungsbefugnisse ihren ursprünglichen materiell-verfassungsrechtlichen, nämlich bundesstaatsrechtlichen Charakter, sie wurden gegenstandslos und in ihrer gesetzlichen Erwähnung überflüssig, da sie jetzt selbstverständlich waren¹²⁾.

10) Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II lb. Ebenso Hamann, Art. 128, Dapprich, a.a.O. S. 472, vgl. auch Seifert-Geeb, zu Art. 123 Abs. 1 S. 176, a.A. Brune, a.a.O. S. 754 Anm. 18.

11) Huber, a.a.O. S. 328, vgl. dort auch ab S. 321.

12) Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II lb, S. 6, mit weiterem Nachweis, Hamann, Art. 128.

Nach der Entstehungsgeschichte ¹³⁾ und dem Wortlaut des Art. 128 GG sind die alten bundesstaatlichen Weisungsrechte heute jedoch wieder mit ihrem ursprünglichen Wesen in Kraft, sofern sie nicht aus anderen Gründen hinfällig geworden sind. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob sie mit dem Untergang des Dritten Reiches eo ipso in ihrer alten Art "wiedererstanden" ¹⁴⁾ oder erst durch Art. 128 GG wieder in Kraft gesetzt worden sind ¹⁵⁾.

Soweit vorkonstitutionelle Weisungsrechte erst nach dem Zusammenbruch begründet worden sind, begegnen sie überhaupt nicht dieser Problematik. Falls dem nicht andere Gründe entgegenstehen, ordnet daher Art. 128 GG ihre Weitergeltung an ¹⁶⁾,

Zu den Bedingungen des Art. 128 GG, weil zu den Essentialia eines Weisungsrechts nach Art. 84 Abs. 5 GG gehört ferner, daß es sich bei den vorkonstitutionellen Weisungsrechten um Einzelweisungsbefugnisse in besonderen Fällen handelt, die dabei in dem fortgeltenden Recht näher umgrenzt sein müssen ¹⁷⁾. Soweit demgegenüber früheres Recht eine generelle Ermächtigung zu Einzelweisungen oder eine Befugnis zu generellen Weisungen enthält, ist es daher nicht mehr in Kraft. Demnach mangels der notwendigen normierten Umgrenzung der besonderen Fälle kann man hier auch nicht mit Brune ¹⁸⁾

13) vgl. dazu JÖR n.F. Bd. 1 S. 489 ff.

14) so Brune, a.a.O. S. 754 Anm. 18, vgl. demgegenüber BVerfGE Bd. 4 S. 139.

15) so Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 1b, S. 6/7, Hamann, Art. 128, vgl. auch die etwas andersartige Auffassung von Seifert-Geeb, zu Art. 123 Abs. 1 S. 176.

16) Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 1b S. 6.

17) von Mangoldt, Art. 128 Erl. 2, Seifert-Geeb, zu Art. 128 S. 177, Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 2a und b mit einigen zulässigen Beispielen; a.A. Schäfer, AöR 78. Bd. S. 29, Brune, a.a.O. S. 754.

18) a.a.O. S. 754, vgl. auch Schäfer, AöR 78. Bd. S. 29.

eine Beschränkung der weiter gehenden Ermächtigungen auf den Umfang des Art. 84 Abs. 5 GG annehmen ¹⁹⁾. Da andernfalls die Umschreibung der besonderen Fälle allein der Verwaltung überlassen wäre, ließe es sich nicht vermeiden, daß sie in der Praxis fortwährend unterschiedlich bestimmt würden und dadurch innerhalb des vorkonstitutionellen Rechts von der Befugnis zu Einzelweisungen in einem Umfang Gebrauch gemacht werden könnte, der dem Ausnahmecharakter des Art. 84 Abs. 5 GG nicht mehr entspräche.

Dem Sinn des Art. 84 Abs. 5 GG kann ein vorkonstitutionelles Weisungsrecht außerdem nur dann gerecht werden, wenn es der Zentralregierung zustand. Waren demgegenüber nachgeordnete zentralstaatliche Behörden weisungsberechtigt, so sind diese Befugnisse erloschen ²⁰⁾. Unschädlich ist jedoch, wenn die Befugnis nicht der Regierung als Gesamtheit, sondern allein dem Kanzler oder einem seiner Minister zuerkannt worden war. An ihrer Stelle ist es gemäß Art. 84 Abs. 5 GG heute Sache der Bundesregierung als solcher, diese Weisungen zu erteilen. Lediglich weil diese Kompetenzen innerhalb derselben Instanz und desselben Gremiums bleiben, kann man hier mit Holtkotten ²¹⁾ einen nicht mehr dem Art. 129 GG unterfallenden "beschränkten Übergang von Befugnissen" annehmen.

Ebenso unerheblich für die Fortgeltung älterer Weisungsrechte ist es, wenn die in dem vorkonstitutionellen Recht enthaltenen Bestimmungen über die Ausübung

19) vgl. auch Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 2b,

20) Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 2c; argumentum
auch aus den Ausnahmenvorschriften der Art. 37 Abs.
2 und 108 Abs. 4 Satz 2, 2. Satzteil, GG.

21) BK Art. 128 Erl. II 2c; ähnlich auch Köttgen,
DÖV 1955 S. 489.

der Einzelweisungsbefugnisse nicht der in Art. 84 GG dem Grundsatz nach statuierten sog. strengen Verbandsaufsicht entsprechen, nach der die Weisungen, von Ausnahmefällen abgesehen, nur an die obersten Landesbehörden zu richten sind ²²⁾. Denn der Adressat der Einzelweisungen innerhalb der Länder gehört nicht mehr zu den Essentialis der Weisungsbefugnisse des Art. 84 Abs. 5 GG, auf die es Art. 128 GG allein abstellt. Das ergibt sich schon daraus, daß die "strenge Verbandsaufsicht" nach Art. 84 Abs. 5 Satz 2 GG nicht ausnahmslos gilt, sie vielmehr von der Bundesregierung nach eigenem, allerdings streng gebundenem Ermessen zugunsten einer "durchgreifenden Aufsicht" durchbrochen werden kann. Sofern also vorkonstitutionelles Recht andere als grundsätzlich die obersten Landesbehörden als Adressaten der Einzelweisungen benennt, sind diese Bestimmungen genauso zu behandeln, wie wenn in vor- oder nachkonstitutionellen Vorschriften überhaupt kein Adressat genannt ist. Die Verfassungsnorm des Art. 84 Abs. 5 Satz 2 GG bestimmt in diesen wie in jenen Fällen schon von sich aus den jeweils richtigen Adressaten ²³⁾.

Diese Auslegung des Art. 128 GG entspricht auch den Absichten des Verfassungsgebers. Denn in dem Hauptauschuß des Parlamentarischen Rates bestand weitgehende Einigkeit darüber, daß die vorkonstitutionellen Weisungsrechte unter dem Grundgesetz möglichst erhalten bleiben sollten ²⁴⁾.

22) Schäfer, AöR Bd. 78 S. 29, Seifert-Geeb, zu Art. 128 S. 177; a.A. Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 2 a.

23) vgl. auch die allerdings nur teilweise damit übereinstimmenden Ausführungen von Holtkotten in BK Art. 128 Erl. II 3.

24) vgl. 35. Sitzung des Hauptausschusses, Sten.Ber. S. 436 ff, insbesondere Dr. von Brentano S. 440; ferner JöR Bd. 1 n.F., S. 849 ff.

Soweit Weisungsrechte in fortgeltendem Recht enthalten sind, das unter dem Grundgesetz "im Auftrage des Bundes" nach Art. 85 GG auszuführen ist, sind diese Bestimmungen mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hinfällig geworden. Denn bei der Auftragsverwaltung steht den zuständigen obersten Bundesbehörden schon unmittelbar kraft der Verfassung (Art. 85 Abs. 3 GG) ein generelles Weisungsrecht zu, und zwar auch dann, wenn das vorkonstitutionelle Recht überhaupt keine Weisungsbefugnisse vorsehen sollte.

Da die Mischverwaltungsformen von Zustimmung- und Vorschlagserfordernissen des Bundes bei Verwaltungsmaßnahmen der Länder hier nicht als ein minus gegenüber einem Weisungsrecht oder einem überregionalen Verwaltungsakt des Bundes angesehen werden ²⁵⁾, kann sich die Fortgeltung vorkonstitutioneller Mischverwaltungen dieser Art in keinem Fall nach Art. 128 GG ²⁶⁾ oder 129 GG ²⁷⁾ bestimmen. Den Schlüssel für ihre Fortgeltung bietet vielmehr genau wie für alle anderen nicht von Art. 128 GG erfaßten vorkonstitutionellen Mischverwaltungen allein Art. 123 GG.

25) vgl. oben S. 57 f, 62 ff, insbes. S. 65 ff, S. 70 ff, 86 ff.

26) so Köttgen, DÖV 1955 S. 489, für den Bereich der landeseigenen Verwaltung.

27) so Fülle, a.a.O. S. 4.

D.

Zusammenfassendes Ergebnis und eigene Definition
der Mischverwaltung.

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß nach dem Grundgesetz eine Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern nur in wesentlich geringerem Umfang möglich ist als unter der aRV und der WRV und als die Bundesregierung, weitgehend unterstützt vom Bundestag, sie eingeführt sehen möchte. Man würde jedoch der Bundesregierung sicherlich nicht voll gerecht, wenn man ihr Bemühen um die Einführung besonders von solchen Mischverwaltungen, die ihr einen entscheidend mitbestimmenden Einfluß auf die Landesverwaltung gewähren, lediglich als den Ausdruck des bei jedem Zentralstaat nur zu leicht vermuteten reinen Machtstrebens werten wollte. Denn es stehen dahinter auch beachtliche sachliche Interessen. Man darf zwar nicht unterschätzen wie sehr der Bund durch Benehmens Erfordernisse und Anhörungspflichten, durch eingehende, detaillierte Regelungen in den einzelnen Gesetzen und durch allgemeine Verwaltungsvorschriften eine Wahrung und Berücksichtigung seiner Belange durch die Länder erreichen kann. Andererseits gibt es aber z.B. im Staatsangehörigkeitsrecht und überhaupt auf allen Gebieten, in die außenpolitische oder überregionale Gesichtspunkte hineinspielen, genügend Fälle, in denen in noch stärkerem Umfang, als es bislang möglich ist, eine verbindliche Mitentscheidung durch den Bund angebracht wäre. Genauso wäre aber auch manchmal eine entsprechende Einschaltung der Länder in die bundeseigene Verwaltung wünschenswert, um auch hier unter allen Umständen eine hinreichende Beachtung der Landesinteressen gewährleistet zu wissen.

Ob der Verfassungsgeber die mit der ziemlich starren Regelung unserer dualistischen Verwaltungsordnung und der weitgehenden Trennung der Verwaltungsbereiche von

Bund und Ländern bezweckte starke Sicherung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht auch auf eine Weise hätte erreichen können, die eine größere Elastizität der staatlichen Verwaltungsführung ermöglicht hätte, mag im Rahmen dieser lediglich auf verfassungsrechtliche Erörterungen beschränkten Abhandlung nur als Frage angemerkt sein.

Die Untersuchungen haben weiter ergeben, daß die Mischverwaltung ein Rechtsinstitut sehr komplexer Natur ist, dessen Problematik gleichermaßen Bund und Länder betrifft und das man deshalb nicht, wie Köttgen¹⁾ und im wesentlichen auch Gerner²⁾ es tun, nur einseitig mit Blickrichtung auf die Länder betrachten darf.

Daneben hat sich herausgestellt, daß die Mischverwaltung als verfassungsrechtliches Problem nur im Bereich der hoheitlichen Staatstätigkeit denkbar ist und in diesem Rahmen immer dann vorliegt, wenn sich irgendwelche Verwaltungsstellen³⁾ des Bundes und der Län-

1) DÖV 1955 S. 485 ff, vgl. auch seine oben S.15 gebrachte Definition.

2) a.a.O. S. 193 ff (Ausnahme S. 194, zu 2 unter b). Denn in näherer Erläuterung seiner oben S.15 gebrachten allgemeinen Definition lehnt er "unbeschadet gewisser Sonderregelungen des Grundgesetzes - nämlich im Bereich der landeseigenen Verwaltung des Art. 84 Abs. 3 bis 5 und im Bereich der Auftragsverwaltung des Art. 85 Abs. 3, 4 -" alle Regelungen als verfassungswidrig ab, "welche zu einer Überordnung von Bundesbehörden gegenüber Landesbehörden oder zu einer entscheidend mitbestimmenden Einwirkung von Bundesstellen auf die Verwaltungstätigkeit von Landesbehörden führen" (S. 193 unter III), und erachtet nur solche Mischverwaltungsformen für zulässig, durch die die "Zuständigkeit der Landesbehörde zur selbständigen und eigenverantwortlichen Entscheidung ... nicht beeinträchtigt wird" (S. 195 unter c).

3) Zu der Bedeutung dieses Begriffes vgl. Wolff, a.a.O. S. 232 ff.

der mit einer und derselben Angelegenheit befassen, ohne daß es dabei darauf ankommt, ob damit eine Schmälerung der Bundes- oder Landeshoheit verbunden ist.

So kann man als das allgemeine Ergebnis dieser Abhandlung festhalten:

Von Mischverwaltung hat man dann zu sprechen, wenn Verwaltungsstellen des Bundes und der Länder in Ausübung ihrer hoheitlichen Funktionen in einer und derselben Angelegenheit zu ihrer verwaltungsmäßig abschließenden Erledigung zeitlich gemeinsam oder nacheinander mit oder ohne rechtliche Außenwirkung tätig werden.

Zu den einzelnen Formen einer Mischverwaltung gehören:

- a) der uno actu gemeinsame Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsakten,
- b) ein förmlicher - nichtgerichtlicher - Rechtsmittelzug von Verwaltungsstellen der Länder zu Verwaltungsstellen des Bundes,
- c) Weisungsrechte,
- d) Einvernehmens- und Zustimmungsvorbehalte, Einspruchsrechte und Vorschlagserfordernisse,
- e) Benehmenserfordernisse und Anhörungspflichten und
- f) gelegentliche Einschaltungen ohne spezialgesetzliche Verpflichtung.

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Mischverwaltung läßt sich nicht für alle Formen einheitlich beantworten. Vielmehr bedarf jede ihrer Formen einer besonderen, eingehenden Prüfung an Hand des Grundgesetzes.

Lebenslauf.

Am 21. Oktober 1932 wurde ich als Sohn des Studienrates Dr. Karl Darmstadt und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Schramm, in Düsseldorf geboren. Dort besuchte ich von 1939 bis 1943 die Volksschule und von 1943 bis 1952 das humanistische Hohenzollern-/Görres-Gymnasium. Am 15. Februar 1952 bestand ich die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich an den Universitäten Köln (SS 1952, WS 1952/53), Freiburg (SS 1953) und Münster (WS 1953/54 bis WS 1955/56) Rechtswissenschaft. Am 16. Juli 1956 bestand ich die erste und am 9. Mai 1961 die zweite juristische Staatsprüfung. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

